

JODASCIL GONÇALVES LOPES

**INEFICÁCIA, INCONSTITUCIONALIDADE DA PENA DE PRISÃO
PERPÉTUA E O PRINCÍPIO DA HUMANIDADE DAS PENAS: DO DIREITO
PENAL AO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL**

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP
FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2021

JODASCIL GONÇALVES LOPES

**INEFICÁCIA, INCONSTITUCIONALIDADE DA PENA DE PRISÃO
PERPÉTUA E O PRINCÍPIO DA HUMANIDADE DAS PENAS: DO DIREITO
PENAL AO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL**

Tese de doutoramento apresentada à
Comissão de Pós-Graduação Stricto Sensu da
Faculdade de Direito da Universidade de São
Paulo como requisito parcial para a obtenção de
título de doutor, sob a orientação da professora
doutora Ana Paula Martins Amaral (UFMS), na
área de concentração Direito do Estado (Dinter
USP-UFMS).

VERSÃO CORRIGIDA

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo - SP

2021

BANCA EXAMINADORA

Uma vez mais e sempre: à minha família, verdadeiros amigos na acepção mais rígida
do termo: mãe, pai e irmã.
Ao meu afilhado, Rafa.

“A alma resiste muito mais facilmente às mais vivas dores do que à tristeza prolongada.”
Jean-Jacques Rousseau

AGRADECIMENTOS

Meu primeiro e especial agradecimento à minha orientadora nesta tese e amiga, Prof.^a Dr.^a Ana Paula Martins Amaral.

Mais uma vez e sempre, com todo o amor que há em mim, à minha família, Jodascil, Cida e Leizinara. Ao meu afilhado, Rafael, por tudo o que ainda iremos viver juntos, e ao compadre que me confiou o batismo de seu filho unigênito, Alexandre Mendonça.

Aos que são, ao mesmo tempo, meus professores, orientadores e amigos: Andrea Flores, Ricardo de Souza Pereira e Gisele Mendes de Carvalho. Aos colegas de docência na UFMS e caros amigos, Ynes da Silva Félix, Vladimir Oliveira da Silveira, Livia Gaigher, Luciani Coimbra, Rejane Alves de Arruda, Sandro Dornelles e Elisaide Trevisam. Ao meu amigo e coordenador, Lindomar Rodrigues. Aos meus colegas de doutorado e bons amigos, pelo convívio nestes amargos e doces anos de doutoramento, em especial: Gustavo Câncio, Angela Jank, Marianny Alves, Welington Costa, Aurélio Briltes e Elaine Dupas. A esta última agradeço também e mais pela ajuda com os detalhes acadêmicos e pela forma afetuosa com que fez.

A Leandro de Melo Félix e a Menssios Leoni, pela amizade, pelo incentivo e pelo apoio inenarráveis que me deram. Aos também amigos: João Paulo Calves, Lucas Mochi, João Paulo Delmondes, Rodrigo Miranda, Cid Eduardo Brown, Willian Martus e Marcelo Nakas.

Agradeço saudosamente ao maior professor que já tive, que, além de filosofia, me ensinou sobre a produção caseira de vinhos, sobre a vida e sobre a amizade, Stefan Vasilev Kastranov. Também em saudade, agradeço ao meu grande amigo Carlos Alexandre de Moraes, que nos deixou neste ano.

Aos meus amores, que me constituem.

RESUMO

Este trabalho se propõe a estudar a pena de prisão perpétua instituída pela Convenção de Roma para o Tribunal Penal Internacional e vedada pela Constituição Federal brasileira de 1988. A problemática se assenta na incompatibilidade indissolúvel pelos critérios jurídicos e, conseqüentemente, em quais atitudes devem tomar o Estado (ou os Estados) que verifiquem a incompatibilidade. Perscrutam-se a pena perpétua e sua legitimação dentro do direito penal como direito fundamental de primeira dimensão e as teorias dos fins das penas, considerando a formação do Estado e a soberania. E, também, verifica-se a posição do conflito entre as normas antagônicas, levando em consideração as teorias da integração: monismo, dualismo e pluralismo. Do mesmo modo, analisa-se a posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem interna. Estuda-se, ainda, o processo de constituição do Tribunal Penal Internacional e como se deu a instituição da pena de prisão perpétua, assim como também se consideraram os julgamentos dos Tribunais Penais Internacionais que antecederam o Tribunal permanente e a tendência de abandono do cumprimento das penas de prisão perpétua, o quadro dos tratados internacionais de direitos humanos que elevam a humanidade das penas a um patamar de *ius cogens* e, por via de consequência, proíbem as penas de caráter perpétuo. A tese tem por objetivo geral compreender a antinomia da pena de prisão perpétua e, por objetivos específicos, verificar se a pena de prisão perpétua se adequa às justificativas da punição e analisar a impossibilidade de aplicação da pena de prisão perpétua pelo Estado brasileiro ou de entrega de um nacional a um tribunal internacional, quando este possa exarar condenação de pena de vida. Também se tem por objetivo investigar, a partir dos tratados internacionais de direitos humanos, a existência de uma norma imperativa de direito internacional público e de direito internacional de direitos humanos a proibir o encarceramento vitalício. Para o desenvolvimento do trabalho, utilizou-se do método dedutivo, com uma abordagem qualitativa de caráter descritivo e explicativo. Após serem analisados os documentos legais e a bibliografia pertinente, ao final, concluiu-se que a humanidade das penas é um princípio de direito internacional público e de direito internacional dos direitos humanos, com força imperativa de *ius cogens* e a vedação da pena de prisão perpétua está contida dentro de tal princípio, gerando um dever do Tribunal Penal Internacional de não aplicar a punição perpétua ou, ainda, criando o direito dos Estados em não entregar um nacional ao citado Tribunal, se este não se comprometer a deixar de utilizar a sua punição máxima, sem que, com

isso, incorra em ilícito internacional, pois o motivo da recusa se baseia em norma de direito internacional, e não em norma de direito interno.

PALAVRAS-CHAVE: PENA DE PRISÃO PERPÉTUA; DIREITO PENAL INTERNACIONAL; TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL.

RÉSUMÉ

Cette thèse vise à étudier la réclusion criminelle à perpétuité établie par la Convention de Rome pour la Cour pénale internationale et interdite par la Constitution fédérale brésilienne de 1988. La question repose sur l'incompatibilité indissoluble selon des critères juridiques et, par conséquent, sur quelles attitudes l'État (ou les États) qui vérifie l'incompatibilité doit-il prendre. Elle examine la peine d'emprisonnement à perpétuité et sa légitimité dans le droit pénal, en tant que droit fondamental de première dimension et les théories des fins de peine, en considérant la formation de l'État et la souveraineté. La position du conflit entre les normes antagonistes est aussi vérifiée, en tenant compte des théories de l'intégration : monisme, dualisme et pluralisme. De même, la position hiérarchique des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme dans l'ordre interne est analysée. Il est également étudié le processus de constitution de la Cour pénale internationale et comment l'institution de la peine de réclusion criminelle à perpétuité a vu le jour, ainsi que les jugements des Cours pénales internationales qui ont précédé la Cour permanente et la tendance à abandonner le respect des peines d'emprisonnement à vie, le cadre des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme qui élèvent l'humanisation des peines à un niveau de jus cogens et, par conséquent, interdisent les peines à caractère perpétuel. L'objectif général de la thèse est de comprendre l'antinomie de la peine de réclusion criminelle à perpétuité et, à des fins spécifiques, de vérifier si ladite peine correspond aux justifications de l'emprisonnement et d'analyser l'impossibilité d'appliquer la peine de réclusion criminelle à perpétuité par l'État brésilien ou la remise d'un national à un tribunal international, lorsque celui-ci peut prononcer une condamnation à perpétuité. Il vise également à enquêter, sur la base des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme, sur l'existence d'une règle impérative du droit international public et du droit international des droits de l'homme interdisant l'emprisonnement à vie. Pour le développement de l'étude, la méthode déductive a été utilisée, avec une approche qualitative de caractère descriptif et explicatif. Après avoir analysé les documents juridiques et la bibliographie pertinent, on a finalement conclu que l'humanisation des peines est un principe du droit international public et du droit international des droits de l'homme, avec force impérative de jus cogens, et l'interdiction de la peine de réclusion criminelle à perpétuité y est comprise, ce qui impose à la Cour pénale internationale le devoir de ne pas appliquer la peine de réclusion criminelle à perpétuité ou, encore, crée le droit des États de ne pas remettre un national à ladite Cour, si elle ne s'engage pas à ne pas appliquer sa peine maximale, sans pour autant encourir la responsabilité délictuelle internationale, puisque

le motif du refus se fonde sur une règle de droit interne international et non sur une norme de droit interne.

MOTS CLÉS: PEINE DE RÉCLUSION CRIMINELLE A PÉRPETUITÉ ; DROIT PÉNAL INTERNATIONAL ; COUR PÉNALE INTERNATIONALE.

RIASSUNTO

Il lavoro si propone di studiare l'ergastolo stabilito dalla Convenzione di Roma per la Corte Penale Internazionale e vietato dalla Costituzione Federale Brasiliana del 1988. La questione si fonda sull'incompatibilità indissolubile secondo criteri di legge e, di conseguenza, su quali atteggiamenti dovrebbe assumere lo Stato (o gli Stati) che verificano l'incompatibilità. Si esamina l'ergastolo e la sua legittimità all'interno del Diritto Penale, come diritto fondamentale di prima dimensione e le teorie dei fini delle pene, considerando la formazione dello Stato e la sovranità. E, inoltre, si verifica la posizione del conflitto tra le norme antagonistiche, tenendo conto delle teorie dell'integrazione: monismo, dualismi e pluralismo. Allo stesso modo, viene analizzata la posizione gerarchica dei trattati internazionali sui diritti umani nell'ordine interno. Viene inoltre studiato il processo di costituzione della Corte Penale Internazionale e come sia avvenuta l'istituzione della pena dell'ergastolo, nonché se sono state considerate le sentenze delle Corti Penali Internazionali che hanno preceduto la Corte Permanente e la tendenza ad abbandonare il rispetto delle pene dell'ergastolo, il quadro dei trattati internazionali sui diritti umani che elevano l'umanità delle pene a un livello di *ius cogens* e, di conseguenza, vietano le condanne a carattere perpetuo. La tesi ha come obiettivo generale comprendere l'antinomia dell'ergastolo e, come obiettivi specifici, verificare se l'ergastolo si adatta alle giustificazioni della punizione e analizzare l'impossibilità di applicazione della pena dell'ergastolo da parte dello Stato brasiliano o la consegna di un nazionale a un tribunale, quando quest'ultimo può emettere una condanna all'ergastolo. In aggiunta, ha come scopo indagare, sulla base dei trattati internazionali sui diritti umani, l'esistenza di una norma imperativa del diritto internazionale pubblico e del diritto internazionale sui diritti umani che vieta la pena detentiva a vita. Per lo sviluppo del lavoro è stato utilizzato il metodo deduttivo, con un approccio qualitativo di carattere descrittivo ed esplicativo. Dopo aver analizzato i documenti legali e la relativa bibliografia, si è concluso infine che l'umanità delle pene è un principio del diritto internazionale pubblico e del diritto internazionale dei diritti umani, con forza imperativa di *ius cogens*, e in tale principio è contenuto il divieto della pena dell'ergastolo, generando un dovere della Corte Penale Internazionale di non applicare l'ergastolo o, ancora, creando il diritto degli Stati a non consegnare alla Corte, se quest'ultima non si impegna a smettere di utilizzare la sua pena massima, senza incorrere in illeciti internazionali, poiché il motivo del rifiuto si basa su una norma di diritto internazionale e non in una norma di diritto interno.

PAROLE CHIAVE: PENSIONE PERPETUALE; DIRITTO PENALE INTERNAZIONALE; CORTE PENALE INTERNAZIONALE.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	14
2. A PENA PERPÉTUA	19
2.1 DEFINIÇÃO E BREVE HISTÓRICO DA PENA DE PRISÃO	19
2.2 PRISÃO PERPÉTUA E TEORIAS DA PUNIÇÃO	24
2.3 DIREITOS INDIVIDUAIS E A PRISÃO PERPÉTUA.....	47
2.4 LIMITES À SOBERANIA	71
2.5 A INEFICÁCIA DA PRISÃO PERPÉTUA SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO PENAL.....	79
3. A PENA DE PRISÃO PERPÉTUA NO BRASIL	88
3.1 HISTÓRICO DA PRISÃO PERPÉTUA NO BRASIL.....	88
3.2 TEORIAS DO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO	91
3.3 OS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS E SUA INCORPORAÇÃO PÁTRIA	100
3.4 A PRISÃO PERPÉTUA: CONFLITO ENTRE TPI E A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA.....	107
3.5 A INAPLICABILIDADE DA PRISÃO PERPÉTUA SOB A PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA	117
4. A PENA DE PRISÃO PERPÉTUA NO TPI.....	121
4.1 A PRISÃO PERPÉTUA NO DIREITO PENAL INTERNACIONAL E OS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS EM ARTICULAÇÃO INTERNACIONAL ..	123
4.2 A CRIAÇÃO DO TPI: FUNÇÕES E JURISDIÇÃO	128
4.3 HISTÓRICO DA PENA DE PRISÃO PERPÉTUA NOS TPIS	135
4.4 PRINCÍPIOS DE DIREITOS HUMANOS E PRINCÍPIOS DE DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO.....	142
4.5 A PENA DE PRISÃO PERPÉTUA SOB O PRISMA DOS DIREITOS HUMANOS E DO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO	151

5. CONCLUSÃO.....	154
REFERÊNCIAS.....	160

1. INTRODUÇÃO

A história da punição e a história da pena de prisão – assim como da pena de prisão perpétua – não se podem confundir. Penas foram aplicadas, ao longo dos milênios, muito antes de se pensar em privação de liberdade. Cumpre mencionar que a pena existe muito antes do próprio direito penal. Esses dois – pena e direito penal – também não se confundem. O que se pode afirmar é que: direito penal não é o direito de punir. Enquanto *ius puniendi* significa direito de punir, direito penal é limitação ao poder de punir. Aquele já pertenceu aos indivíduos como vingança privada; passou-se ao Estado como vingança pública; e, entre o período medieval e o moderno, se tornou punição não vingativa com a humanização das penas realizada pelo Iluminismo – mas ainda pertencente aos Estados. Hoje, o direito de punir, em regra, é reservado aos Estados, mas, também, é complementarmente da justiça penal internacional.

De todo modo, punir não é direito penal, mas sim é exercício de poder do Estado ou da justiça penal internacional; como se disse, é *ius puniendi*. O direito penal, ao contrário daquele que pertence aos Estados ou à justiça penal internacional, é direito dos indivíduos em face ao poder de punir – seja estatal, seja internacional.

Quanto à aplicação das penas, elas incidiam, quase sempre, sobre os corpos dos apenados, e não sobre suas liberdades. Em quase todos os casos, as penas eram de mutilações, açoites, morte, suplícios, como narra Michel Foucault (1991) em *Vigiar e Punir*. No século das luzes, a punição deixa de mirar corpos e passa a visar à liberdade. Afinal, com o novo sistema de produção, tempo/mão de obra é o que a grande massa tem para vender. Antes disso, a prisão era utilizada como “prisão processual”, ou seja, se mantinha preso o acusado enquanto aguardava o julgamento ou o condenado enquanto esperava o cumprimento de sua pena. Há, sim, registro de prisão de natureza penal na antiguidade, mas ela representa apenas uma rara exceção.

A pena de prisão perpétua, como modalidade de pena de prisão, tem seu itinerário ligado à pena de prisão em geral. Sua utilização extensiva também pertence à modernidade. Seu crescimento se dá na proporção inversa da pena de morte. Isso porque a pena de prisão perpétua foi utilizada durante a modernidade como substituta da pena capital, por ser menos anti-humanitária que aquela. A sua aplicação contemporânea tem se baseado, quase que exclusivamente, no mesmo argumento. É necessário, então, realizar o questionamento: somente a abolição da pena de morte resolve a questão da humanização das penas?

Na literatura penal, se registram três grandes teorias que justificam a punição: a retributiva, a de prevenção geral (negativa e positiva) e a de prevenção especial (negativa ou positiva).

As penas arcaicas se baseavam quase que somente na concepção retributiva, ou seja: quem fez um mal, um mal merece receber. O milenar princípio de Taleão inscreve justamente a máxima retributiva “olho por olho, dente por dente”. Mas, no século XVIII, a retribuição recebe novo fundamento ético-jurídico, se destacando o fundamento moral de Immanuel Kant (2007), que concebia como um imperativo legal a necessidade de se infligir uma pena a quem cometeu um delito, e o fundamento moral de Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1997), que via o delito como um mal provisório que deveria ser quebrado pelo mal da pena, com fim de restabelecer o direito vigente. Quanto a isso, o trabalho irá investigar se a pena de prisão perpétua satisfaz tal intento e se é a mais adequada para isso.

Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach (1989) já entendia que a finalidade da pena deveria ser completamente outra: evitar delitos futuros. Sua teoria entende que o preceito secundário dos tipos penais, as penas, realizariam uma intimidação psicológica, gerando desestímulo ao cometimento do delito, por isso é uma teoria de prevenção geral. A prevenção geral positiva seria exercida exatamente pelos preceitos secundários dos tipos penais. Por isso, para o referido autor, o princípio da legalidade é tão caro. Os indivíduos de uma determinada sociedade, ao saberem que o cometimento de uma conduta (ação ou omissão) levaria ao cumprimento de uma sanção, deixariam de realizá-la. Nesse diapasão, a prevenção geral negativa se daria quando se aplicasse a pena ao indivíduo que realizou a conduta proibida ou que não realizou a conduta determinada. Para Beccaria (2005) a certeza da punição é fator de maior inibição do que a gravidade da pena. O todo social teria ciência, com o apenamento do infrator, que a pena se aplica a quem comete o delito, gerando, mais uma vez, o desestímulo, nessa sociedade, para o cometimento do delito.

A concepção de prevenção geral é, portanto, marcada por uma filosofia utilitarista, como a de Jeremy Bentham. A pena que mais inibição gerasse, mais atenderia ao fim esperado. Neste estudo, será indagado se a coação psicológica à pena de prisão perpétua é a que demonstra, na prática, maiores ganhos.

Para Raffaele Garofalo (ZAFFARONI, 2013) a punição deve ser volta a função inocuidadora, isto é, se aplica pena para que o apenado não possa mais cometer os delitos. Quanto a essa função, será necessário perscrutar se, com o apenamento, tem diminuído o cometimento do delito ou se esse fim se realiza apenas no mundo das ideias e qual é o sentido da prisão perpétua diante da realidade. De outro giro, a prevenção especial positiva é a aplicação

da pena sobre o criminoso, para o seu próprio bem. Uma vez que a sociedade não conseguiu educar, socializar e inserir a pessoa que veio a cometer o delito, agora a cadeia o fará. Poderia ser analisado se o cárcere, de fato, tem realizado tão bonito papel, porém ao trabalho importa mais saber se faz sentido reeducar, reinserir e resocializar quem nunca mais retornará à sociedade.

De outro ângulo, se estudará a formação do Estado moderno com o contratualismo da filosofia moderna, em que se considerará, por oportuno, que o Estado é formado por um pacto entre a totalidade dos indivíduos, e não como ampliação da família, e que decorre dessa visão de Estado o amparo filosófico para a formação dos direitos e das garantias dos indivíduos. Nesse diapasão, este estudo verificará se o direito penal se insere no rol de direitos fundamentais de primeira dimensão, portanto se é um direito oposto ao Estado.

Ato contínuo, no subitem 1.4, se discorrerá a respeito da soberania e de como a ideia de soberania e de justiça internacional se relacionam com a possibilidade da previsão de uma pena perpétua na órbita internacional.

No subitem de encerramento do primeiro capítulo, será enfrentada a questão da eficiência da pena de prisão perpétua sobre a perspectiva do direito penal, conforme as teorias da pena e seu caráter de direito fundamental. Este estudo mostrará que a pena de prisão perpétua tem sua aceitação pautada, essencialmente, na substituição da pena de morte, objetivando a humanização das penas. De outro lado, será necessário considerar se essa substituição logra o êxito de atender ao princípio da humanização.

No segundo capítulo desta tese, será feita uma breve análise histórica da pena de prisão perpétua no ordenamento jurídico brasileiro, passando pelas ordenações do reino que vigoraram no país, as setes constituições e os três códigos penais e suas reformas. Ademais, será estudada a vedação da pena de prisão perpétua na Constituição Federal vigente.

Em vista da vedação constitucional de hoje e da previsão do Estatuto de Roma em relação à prisão perpétua, esta tese percorrerá as teorias do direito internacional público que tratam da relação das ordens internas dos Estados com o direito internacional público. Este estudo discorrerá, principalmente, com base na obra de Hans Kelsen, em que consiste o monismo no direito internacional, seja monismo com a prevalência de direito internacional, seja com prevalência de direito interno. Investigando a obra de Karl Heinrich Triepel, esta pesquisa tentará compreender a teoria dualista, que assevera a independência da ordem jurídica dos Estados e da ordem jurídica internacional.

Na sequência, será visto como se inserem, no direito brasileiro, os tratados internacionais de direitos humanos; qual a hierarquia que a doutrina e a jurisprudência nacional

entendem ter tais tratados; se eles ombream com as leis federais; se estão acima das leis federais, mas abaixo da Constituição, se estão em patamar igualitário ao das normas constitucionais; ou, ainda, se estão acima das normas previstas na Carta Magna.

Após feitas essas considerações, se verificarão os possíveis conflitos entre as normas previstas no Estatuto de Roma, do Tribunal Penal Internacional, e as normas constitucionais brasileiras; se se tratam de conflitos apenas aparentes ou reais; ou quais dos conflitos são aparentes e quais são reais.

Ao fim do capítulo, se buscará demonstrar a inaplicabilidade da pena de prisão perpétua ao direito brasileiro, mesmo diante da incorporação da Convenção de Roma. Será levantada a hipótese da existência de uma pena de direito internacional público a elidir o conflito.

Ao adentrar ao terceiro capítulo, será visto como se deu a previsão da pena de prisão perpétua no texto do Estatuto de Roma; qual era a situação política; qual era o debate em torno da pena de morte defendido por diversos Estados; e como se deu a aprovação da prisão vitalícia como concessão política para aprovação do texto do tratado.

Na sequência, este trabalho abordará os tratados internacionais de direitos humanos preexistentes ao tratado constitutivo do Tribunal Penal Internacional que regulamentavam a vedação a penas cruéis e inumanas: Declaração dos Direitos do Homem (1948), Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (decreto n.º 40, de 15 de fevereiro de 1991), Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (decreto n.º 592, de 6 de julho de 1992), Pacto de São José da Costa Rica (decreto n.º 678, de 6 de novembro de 1992).

Nessa senda, será questionado se a pena de prisão perpétua não é uma pena também cruel e inumana, bem como se a retirada vitalícia da liberdade de alguém pode ser considerada como sanção não cruel e humana. Além disso, será analisado se o fato de ser sanção substitutiva à pena de morte, sendo menos grave do que ela, é o suficiente para revestir de humanidade a pena de prisão perpétua.

Com o fim de contextualizar, será descrito o processo de criação do Tribunal Penal Internacional, qual função ele exerce e qual a sua competência, descrevendo sua competência material restrita a cinco delitos: crime de genocídio, crime de guerra, crimes contra a humanidade, crime de agressão e crimes contra a administração da justiça do Tribunal. Também será exposto como o Tribunal pode ser acionado a exercer sua competência e de que forma se dá a competência *ratione temporis* (em razão do tempo do ato).

Para tanto, este estudo adentrará no histórico da aplicação da pena de prisão perpétua nos tribunais militares e penais que antecederam o Tribunal Penal permanente. Nesse tocante,

especialmente quanto aos Tribunais Militares Internacionais do Pós-Segunda Guerra Mundial, buscará se verificar se as penas de prisão perpétua lá instituídas foram levadas a cabo ou se os a ela condenados foram colocados em liberdade após o cumprimento de parte da pena, o que pode demonstrar um abandono ao encarceramento vitalício por parte dos Tribunais Internacionais.

Ato contínuo, serão observados os princípios de direito internacional público, assim como os princípios de direitos humanos internacionais, discorrendo sobre as regras pactícias regidas pela *pacta sunt servanda* e as normas consuetudinárias, em que se indagará se há hierarquia entre essas duas modalidades de normas internacionais. No mesmo sentido, será considerada a existência de normas dos costumes internacionais que teriam caráter de imperatividade, as normas de *jus cogens* e a sua relação com os direitos humanos internacionais e, em especial, com o princípio da humanidade das penas. Ainda nessa tangente, ao se observarem os tratados internacionais preexistentes à Convenção de Roma que objetivam abolir as penas cruéis e desumanas, será verificado se, em vista do princípio de vedação ao retrocesso em direitos humanos, um tratado internacional posterior poderia estabelecer pena de caráter cruel e inumano, como é o caso da pena de prisão perpétua.

Finalmente, no último tópico deste escrito, será verificado se há uma tendência de abandono ao cumprimento das penas de prisão perpétua quando exauradas por tribunais penais internacionais. Assim como será analisado se se formou, no direito internacional público, uma norma imperativa de direitos humanos que proíbe as penas inumanas, como é caso da pena de prisão perpétua. E se, assim, poderia se afastar a aplicação da pena de prisão perpétua por parte do Tribunal Penal Internacional. Ou, ainda, se tal princípio poderá justificar a recusa da entrega ao Tribunal, em vista não de uma norma de direito interno, mas sim baseando-se em uma norma de direito internacional público e de direitos humanos, sem que, dessa forma, acarrete ilícito internacional por parte do Estado Parte.

2. A PENA PERPÉTUA

A pena de prisão perpétua é, como o próprio *nomen iures* já anuncia, uma modalidade de pena de prisão. Na história da punição, várias modalidades de penas foram utilizadas, entretanto é importante distinguir os três grupos de penas: i) as penas corporais, que atingem o corpo diretamente (vg. mutilações, açoites, pena de morte etc.); ii) penas de prisão, que atingem o corpo apenas indiretamente (vg. prisão por tempo de anos determinados, prisão perpétua, banimento etc.); e iii) penas que não atingem o corpo (multa, confisco, restritivas de direito etc.). Neste trabalho, será estudada a pena de prisão perpétua.

No direito americano, já tendo sido tratado de pena de vida (*life penalty*). Ela foi aplicada muitas vezes como pena intermediária entre as penas de prisão por tempo determinado e a pena de morte. Também foi adotada em diversos sistemas modernos em substituição à pena capital, fenômeno esse que ocorre ainda nos dias atuais e que é o exato caso do ocorrido no Estatuto da Corte Penal Internacional.

2.1 DEFINIÇÃO E BREVE HISTÓRICO DA PENA DE PRISÃO

No primeiro dia do mês de fevereiro de 1975, Michel Foucault publicou a obra *Vigiar e Punir*, a qual é um relato minucioso e preciso de um suplício ocorrido no dia 2 de março de 1757, na cidade de Paris. Eis o parágrafo de abertura:

[Damiens fora condenado, a 2 de março de 1757], a pedir perdão publicamente diante da poria principal da Igreja de Paris [aonde devia ser] levado e acompanhado numa carroça, nu, de camisola, carregando uma tocha de cera acesa de duas libras; [em seguida], na dita carroça, na praça de Greve, e sobre um patíbulo que aí será erguido, atenazado nos mamilos, braços, coxas e barrigas das pernas, sua mão direita segurando a faca com que cometeu o dito parricídio, queimada com fogo de enxofre, e às partes em que será atenazado se aplicarão chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente, e a seguir seu corpo será puxado e desmembrado por quatro cavalos e seus membros e corpo consumidos ao fogo, reduzidos a cinzas, e suas cinzas lançadas ao vento. (FOUCAULT, 1999, p. 8)

O suplício francês registrado por Foucault dura quatro angustiantes páginas e é bastante ilustrativo no sentido de apresentar a punição não como pena de prisão, mas como pena corporal. A história da punição remonta a raízes muito profundas, alcançando os primórdios da convivência humana. Nessa esteira, não há dúvidas de que a punição e a pena têm existência anterior à concepção de um direito penal e de um direito internacional, tendo sua história passado pelos estágios da vingança privada, vingança pública e humanização da pena. Mas a

prisão, enquanto pena, é muito mais recente na história da humanidade; ou, ao menos, a sua utilização como principal modalidade de punição não seja tão antiga assim.

Apenas no século XVIII, os suplícios e as penas corporais foram abandonados, de forma ampla, em favor da pena de prisão (FOUCAULT, 1999). Contudo não é objeto deste esforço acadêmico adentrar nas diversas formas de castigos corporais engendrados na história da punição, mas sim na análise da pena de prisão perpétua, que é modalidade de pena de prisão, e quanto à virada dos castigos físicos para a prisão:

Dentre tantas modificações, atendo-me a uma: o desaparecimento dos suplícios. Hoje existe a tendência a desconsiderá-lo; talvez, em seu tempo, tal desaparecimento tenha sido visto com muita superficialidade ou com exagerada ênfase como “humanização” que autorizava a não analisá-lo. De qualquer forma, qual é sua importância, comparando-o às grandes transformações institucionais, com códigos explícitos e gerais, com regras unificadas de procedimento; o júri adotado quase em toda parte, a definição do caráter essencialmente corretivo da pena, e essa tendência que se vem acentuando sempre mais desde o século XIX a modular os castigos segundo os indivíduos culpados? Punições menos diretamente físicas, uma certa discrição na arte de fazer sofrer, um arranjo de sofrimentos mais sutis, mais velados e despojados de ostentação, merecerá tudo isso acaso um tratamento à parte, sendo apenas o efeito sem dúvida de novos arranjos com maior profundidade? No entanto, um fato é certo: em algumas dezenas de anos, desapareceu o corpo supliciado, esquartejado, amputado, marcado simbolicamente no rosto ou no ombro, exposto vivo ou morto, dado como espetáculo. Desapareceu o corpo como alvo principal da repressão penal. (FOUCAULT, 1999, p. 12)

A prisão era utilizada de forma “processual” enquanto se aguarda o julgamento ou a execução de penas corporais, como as amputações de partes do corpo ou a pena de morte. Apesar disso, compulsando-se o itinerário da pena de prisão, foram encontrados alguns poucos relatos antigos de sua aplicação como pena. Por exemplo:

No Egito antigo, temos notícia da prisão não apenas como custódia, mas como pena. O governo do faraó era divino e evitava penas cruéis e arbitrarias. As prisões conhecidas também impunham aos encarcerados o trabalho forçado [...]. Conviviam presos aguardando julgamento e já condenados, condenados aguardando execução, condenados à prisão perpétua ou indefinida, desertores do Estado ou oficiais que caíram em desgraça, suspeito de espionagem [...]. (CHIAVERINI, 2009, p. 4, grifou-se)

A utilização da prisão como pena no período clássico e medieval é, entretanto, uma exceção. Tornando-se a regra dos sistemas penais modernos, em que o corpo, como objeto de punição, é substituído pela liberdade, assim, ele passa a ser atingido apenas indiretamente. A punição corporal é mediada, ou seja, agora, retiram-se os dias do apenado:

Não tocar mais no corpo, ou o mínimo possível, e para atingir nele algo que não é o corpo propriamente. Dir-se-á: a prisão, a reclusão, os trabalhos forçados, a servidão de forçados, a interdição de domicílio, a deportação — que parte tão importante tiveram nos sistemas penais modernos — são penas “físicas”: com exceção da multa, se referem diretamente ao corpo. Mas a relação castigo-corpo não é idêntica ao que ela era nos suplícios. O corpo encontrasse aí em posição de instrumento ou de intermediário; qualquer intervenção sobre ele pelo enclausuramento, pelo trabalho

obrigatório visa privar o indivíduo de sua liberdade considerada ao mesmo tempo como um direito e como um bem. Segundo essa penalidade, o corpo é colocado num sistema de coação e de privação, de obrigações e de interdições. O sofrimento físico, a dor do corpo não são mais os elementos constitutivos da pena. O castigo passou de uma arte das sensações insuportáveis a uma economia dos direitos suspensos. Se a justiça ainda tiver que manipular e tocar o corpo dos justicáveis, tal se fará à distância, propriamente, segundo regras rígidas e visando a um objetivo bem mais “elevado”. Por efeito dessa nova retenção, um exército inteiro de técnicos veio substituir o carrasco, anatomista imediato do sofrimento: os guardas, os médicos, os capelães, os psiquiatras, os psicólogos, os educadores; por sua simples presença ao lado do condenado, eles cantam à justiça o louvor de que ela precisa: eles lhe garantem que o corpo e a dor não são os objetos últimos de sua ação punitiva. É preciso refletir no seguinte: um médico hoje deve cuidar dos condenados à morte até ao último instante — justapondo-se destarte como chefe do bem-estar, como agente de não-sofrimento, aos funcionários que, por sua vez, estão encarregados de eliminar a vida. Ao se aproximar o momento da execução, aplicam-se aos pacientes injeções de tranqüilizantes. Utopia do pudor judiciário: tirar a vida evitando de deixar que o condenado sinta o mal, privar de todos os direitos sem fazer sofrer, impor penas isentas de dor. O emprego da psicofarmacologia e de diversos “desligadores”, fisiológicos, ainda que provisório, corresponde perfeitamente ao sentido dessa penalidade “incorpórea”. (FOUCAULT, 1999, p. 15)

A partir disso, as celas substituíram as guilhotinas. Nesse sentido, Michel Foucault apresenta a sensível analogia:

Quase sem tocar o corpo, a guilhotina suprime a vida, tal como a prisão suprime a liberdade, ou uma multa tira os bens. Ela aplica a lei não tanto a um corpo real e susceptível de dor quanto a um sujeito jurídico, detentor, entre outros direitos, do de existir. Ela devia ter a abstração da própria lei. (FOUCAULT, 1999, p. 17)

Tal mudança substancial não deve ser vista acriticamente ou dita como uma mera benesse do *novel* sistema penal. Em primeiro lugar, há que se considerar que houve uma “suavização dos crimes antes da suavização das leis” (FOUCAULT, 1999, p. 97); e, também, e mais relevante talvez, houve uma mudança de objetivos do sistema:

O afrouxamento da severidade penal no decorrer dos últimos séculos é um fenômeno bem conhecido dos historiadores do direito. Entretanto, foi visto, durante muito tempo, de forma geral, como se fosse fenômeno quantitativo: menos sofrimento, mais suavidade, mais respeito e “humanidade”. Na verdade, tais modificações se fazem concomitantes ao deslocamento do objeto da ação punitiva. Redução de intensidade? Talvez. Mudança de objetivo, certamente. (FOUCAULT, 1999, p. 20)

Alysson Leandro Mascaro (2018) sustenta ser a prisão pena advento do capitalismo¹, uma vez que a história da punição dá conta de a pena recair sob aquilo que mais aflija o apenado.

¹ Michel Foucault tem pensamento semelhante, veja-se: Ou para dizer as coisas de outra maneira: a economia das ilegalidades se reestruturou com o desenvolvimento da sociedade capitalista. A ilegalidade dos bens foi separada da ilegalidade dos direitos. Divisão que corresponde a uma oposição de classes, pois, de um lado, a ilegalidade mais acessível às classes populares será a dos bens — transferência violenta das propriedades; de outro a burguesia, então, se reservará a ilegalidade dos direitos: a possibilidade de desviar seus próprios regulamentos e suas próprias leis; de fazer funcionar todo um imenso setor da circulação econômica por um jogo que se desenrola nas margens da legislação — margens previstas por seus silêncios, ou liberadas por uma tolerância de fato. E essa grande redistribuição das ilegalidades se traduzirá até por uma especialização dos circuitos judiciários; para as ilegalidades de bens — para o roubo — os tribunais ordinários e os castigos; para as ilegalidades de direitos — fraudes, evasões fiscais, operações comerciais irregulares — jurisdições especiais com transações, acomodações, multas atenuadas,

Até o advento do capitalismo, a pena recaía sobre o próprio corpo do réu, mas, com o advento do novo sistema de produção, tendo o proletário apenas a mão de obra para vender, retira-lhe, com a pena, o tempo, por isso as penas se tornam penas de prisão. Tal relação entre sistema de produção e punição já foi apontada na obra *Vigiar e Punir*, quando Michel Foucault, citando Rusche e Kiercheimer, assim coloca:

Nessa linha, Rusche e Kirshheimer estabeleceram a relação entre os vários regimes punitivos e os sistemas de produção em que se efetuam: assim, numa economia servil, os mecanismos punitivos teriam como papel trazer mão-de-obra suplementar — e constituir uma escravidão “civil” ao lado da que é fornecida pelas guerras ou pelo comércio; com o feudalismo, e numa época em que a moeda e a produção estão pouco desenvolvidas, assistiríamos a um brusco crescimento dos castigos corporais — sendo o corpo na maior parte dos casos o único bem acessível; a casa de correção — o Hospital Geral, o Spinhuis ou Rasphuis — o trabalho obrigatório, a manufatura penal apareceriam com o desenvolvimento da economia de comércio. Mas como o sistema industrial exigia um mercado de mão-de-obra livre, a parte do trabalho obrigatório diminuiria no século XIX nos mecanismos de punição, e seria substituída por uma

etc. A burguesia se reservou o campo fecundo da ilegalidade dos direitos. E ao mesmo tempo em que essa separação se realiza, afirma-se a necessidade de uma vigilância constante que se faça essencialmente sobre essa ilegalidade dos bens. Afirma-se a necessidade de se desfazer da antiga economia do poder de punir que tinha como princípios a multiplicidade confusa e lacunosa das instâncias, uma repartição e uma concentração de poder correlatas com uma inércia de fato e uma inevitável tolerância, castigos ostensivos em suas manifestações e incertos em sua aplicação. Afirma-se a necessidade de definir uma estratégia e técnicas de punição em que uma economia da continuidade e da permanência substituirá a da despesa e do excesso. Em suma, a reforma penal nasceu no ponto de junção entre a luta contra o superpoder do soberano e a luta contra o infrapoder das ilegalidades conquistadas e toleradas. E se foi outra coisa que o resultado provisório de um encontro de pura circunstância, é porque entre esse superpoder e esse infrapoder se estendia uma rede de relações. A forma da soberania monárquica, ao mesmo tempo que colocava do lado do soberano a sobrecarga de um poder brilhante, ilimitado, pessoal, irregular e descontínuo, deixava do lado dos súditos lugar livre para uma ilegalidade constante; esta era como a correlata daquele tipo de poder. Se bem que atacar-se às diversas prerrogativas do soberano era atacar ao mesmo tempo o funcionamento das ilegalidades. Os dois objetivos estavam em continuidade. E, segundo as circunstâncias ou as táticas particulares, os reformadores faziam passar um na frente do outro. Le Trosne, o fisiocrata que foi conselheiro no tribunal presidencial de Orléans, pode servir de exemplo aqui. Em 1764, ele publica uma memória sobre a vadiagem: viveiro de ladrões e assassinos “que vivem no meio da sociedade sem serem seus membros”, que fazem “uma verdadeira guerra contra todos os cidadãos”, que estão entre nós “naquele estado que se supõe ter existido antes do estabelecimento da sociedade civil”. Contra eles, pede as mais severas penas (e estranha, significativamente, que se tenha mais indulgência para com eles que para com os contrabandistas); quer que a polícia seja reforçada, que a cavalaria os persiga ajudada pela população vítima de seus roubos; pede que essas pessoas inúteis e perigosas “sejam adquiridas pelo Estado e lhe pertençam como escravos a seus senhores”; e, se for o caso, que se organizem batidas coletivas nos bosques para desentocá-los, sendo dado um salário a cada um que fizer uma captura: “Pois dá-se uma recompensa de 10 libras por uma cabeça de lobo. Um vagabundo é infinitamente mais perigoso para a sociedade”.²⁸ Em 1777, em *Vues sur la justice criminelle*, o mesmo Le Trosne pede que sejam reduzidas as prerrogativas da parte pública, que os acusados sejam considerados inocentes até a eventual condenação, que o juiz seja um justo árbitro entre eles e a sociedade, que as leis sejam “fixas, constantes, determinadas da maneira mais precisa”, de modo que os súditos saibam “a que se expõem” e que os magistrados não sejam mais que o “órgão da lei”.²⁹ Para Le Trosne, como para tantos outros na mesma época, a luta pela delimitação do poder de punir se articula diretamente com a exigência de submeter a ilegalidade popular a um controle mais estrito e mais constante. Compreende-se que a crítica dos suplícios tenha tido tanta importância na reforma penal: pois era uma figura onde se uniam, de modo visível, o poder ilimitado do soberano e a ilegalidade sempre desperta do povo. A humanidade das penas é a regra que se dá a um regime de punições que deve fixar limites a um e à outra. O “homem” que se pretende fazer respeitar na pena à a forma jurídica e moral que se dá a essa dupla delimitação. (FOULCAULT, 1999, pp. 107-109)

detenção com fim corretivo. Há sem dúvida muitas observações a fazer sobre essa correlação estrita. (FOUCAULT, 1999, p. 28)

Nesse sentido, embora a história de pena seja história de sofrimento humano e mesmo diante dos esforços abolicionistas de ontem e de hoje, é difícil conceber o Estado sem *ius puniendi* e o direito penal sem pena, no sentido estrito do termo. Neste ínterim, Hans-Heinrich Jescheck lista algumas importantes tentativas feitas em diversos países, mas é importante salientar que todas elas foram abandonadas, a saber:

Até agora, nenhum Estado conseguiu renunciar à pena como causa voluntária de um mal para a preservação do ordenamento jurídico. O Código Penal Sueco de 1962 voltou a punir, após a tentativa do Projeto de 1956 de substituir a expressão “pena” pelo endereço neutro de “conseqüência legal” 14. A Lei Belga de Defesa Social de 1964 também prevê o prazo indeterminado de detenção foi medido, mas o Código Penal continua com sentenças de prisão firmemente determinadas 15. O Código Penal de 1926 da República Soviética da Rússia, que só conhecia medidas de proteção social sem o caráter de penas, foi dispensado pelo Unionista da Lei da URSS sobre as “bases da legislação penal” de 1958, cujo art. 20 também atribuiria expressamente uma função repressiva à pena 16. Também nos EUA há tendências que deslocam uma lei penal de puro “tratamento” por meio de atos legislativos concretos em que a intimidação e a retribuição pela culpa estão em primeiro plano (2002, pp. 70-71).² (Traduziu-se)

Nesse esteio, paralelamente à trajetória ontológica, ela também passa a ganhar sentido moral e, depois, jurídico com teorias a legitimá-la. E, então, a pena encontra fins ou funções ético-jurídicas, como a retribuição, a prevenção geral (positiva e negativa) a prevenção especial negativa (inocuidação) e a prevenção especial positiva (ressocialização). E também de maneira híbrida, como escreveu Franz von Liszt, que afirma que a pena serviria alternativamente à “correção do delinquente capaz de corrigir-se e necessitado de correção; intimidação do delinquente que não necessita de correção; neutralização do delinquente que carece de capacidade de correção” (1899, p. 82).

O amálgama de teorias da pena a destinar funções diferentes a diferentes “tipos de delinquente” também encontra eco em Hans-Heinrich Jescheck:

A missão da pena é, como afirmado, dar uma «lição» (Denkzettel) ao infrator ocasional que não precisa de correção para dissuadi-lo de cometer mais crimes, «socializar o agressor habitual que pode ser corrigido por meio de sua educação durante a execução da sentença e neutralizar o incorrigível submetendo-o

² *Hasta ahora ningún Estado ha podido renunciar a la pena como causación voluntaria de un mal para la preservación del Ordenamiento jurídico. El Código criminal sueco de 1962 ha retornado a la pena, tras el intento por parte del Proyecto de 1956 de sustituir la expresión “pena” por la alocución neutral de “consecuencia jurídica” 14. También la Ley belga de Defensa Social de 1964 prevé como medida el internamiento por tiempo indeterminado, pero el Código penal sigue con las penas de prisión firmemente determinadas 15. El Código penal de 1926 de la República Soviética Rusa, que sólo conoció medidas de protección social sin el carácter de penas, fue relevado por la Ley unionista de la URSS sobre las “bases de la legislación penal” de 1958, cuyo art. 20 también atribuiría expresamente a la pena una función represiva 16. También en los EE.UU. existen tendencias que desplazan a un Derecho penal de puro “tratamiento” por medio de actos legislativos concretos en los que la intimidación y la retribución por la culpabilidad están situadas en un primer plano (2002, pp. 70-71).*

indefinidamente à "servidão" da punição (Strafknechtschaft).³ (2002, p. 79).
(Traduziu-se)

Deve-se registrar que há aqueles que negam completamente que a pena tenha qualquer função manifesta ou positiva, o que não é objeto deste trabalho.

Em outra margem, a punição também desenvolve seus meios: punições corpóreas diversas, punição de morte com formas de execução variadas, punição de reclusão perpétua, punição de reclusão por tempo determinado, punição pecuniária e punições com perda e suspensão de outros direitos que não atuem sobre a vida, o corpo, a liberdade ou diretamente no patrimônio (no Brasil, as restritivas de direitos).

A pena de prisão perpétua é uma dessas modalidades de pena, considerada pela melhor doutrina como modalidade bastante obsoleta, já extinta do ordenamento jurídico nacional, mas admitida no Estatuto de Roma. Em verdade, a pena de prisão perpétua não pode encontrar albergue nos ordenamentos jurídicos penais dos nossos dias:

A prisão perpétua deveria ser rejeitada porque é propagandística, midiática, demagógica, populista, irracional, ineficaz, desnecessária, discriminatória, incerta, ao contrário da segurança jurídica, da reabilitação ou reintegração, e por último mas não menos importante, deveria ser abolida porque viola a dignidade humana. A prisão perpétua não é uma penal para a era global, porque a punição deveria respeitar o princípio da humanidade, a exigência inevitável para se entrar na era da globalização. Em suma, o melhor argumento contra a prisão perpétua é de que não há nada a seu favor. Portanto, deveria ser evitado o abuso de poder punitivo por parte do Estado desproporcional, extremo, excessivo, selvagem ou o castigo brutal, e, para tanto, é necessário acabar com a prisão perpétua no mundo.” (SOUTO, XV, p. 25).

Apontado desde já crítica a pena de prisão perpétua como um todo. Passa-se a analisar a pena perpétua em relação às funções expressas da pena - retribuição, prevenção geral, prevenção especial negativa e prevenção especial positiva.

2.2 PRISÃO PERPÉTUA E TEORIAS DA PUNIÇÃO

O Mal pelo Mal (Retribuição): A Prisão Perpétua como Máxima Expição. “Mas o Juiz Supremo, em seu julgamento final, aplica apenas o princípio da retribuição. Deve, portanto,

³ *La misión de la pena es, según lo afirmado, dar un «escarmiento» (Denzettel) al delincuente ocasional no necesitado de corrección para disuadirle de cometer más delitos, «socializar al delincuente habitual corregible a través de su educación durante la ejecución de la pena y neutralizar al incorregible sometiéndole por tiempo indeterminado a la «servidumbre» de la pena (Strafknechtschaft).* (2002, p. 79).

certamente ter um valor que não é desprezível” (Mensaje dei Papa Pita XII, ZStW 66. 1954. p. 14.) (JESCHECK, 2002, p. 76)⁴ (Traduziu-se)

A finalidade primeiramente concebida da pena é a de retribuição, ou seja, paga-se o mal com o mal. Esse é o princípio de talião originário dos direitos cuneiformes e aparece escrito já no Código de Hamurábi, “196. Se alguém faz perder um olho a um outro. Perca ele o próprio olho” (HAMURÁBI *apud* CARLETTI, 1986, p. 34); “197. Se alguém quebra um osso a outrem, quebra-se (também) a ele um osso” (HAMURÁBI *apud* CARLETTI, 1986, p. 34); “200. Se alguém quebra os dentes a um seu igual, quebra-se também a eles os dentes” (HAMURÁBI *apud* CARLETTI, 1986, p. 35).

Mas sua mais robusta fundamentação se dá no Iluminismo. Tal finalidade ganha um conteúdo ético muito mais profundo em Immanuel Kant (2009). Ele justifica a necessidade da pena como um imperativo moral categórico, o qual preceitua que aquele que ofende a moral coletiva expressa na lei praticando um crime deve cumprir uma pena, pois é o correto. Assim, para o autor a pena não tem qualquer outra finalidade, ou seja, não tem finalidade nem de intimidar, nem de inocuizar, nem tampouco de ressocializar. Isso porque qualquer um desses fins estaria instrumentalizando o homem, o que vem de encontro à filosofia kantiana.

Para Kant o imperativo categórico arquitetado em sua obra *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* é aquele que tem uma necessidade em si mesmo, e não em uma valoração externa. Veja-se:

A representação de um princípio objectivo, enquanto obrigante para uma vontade, chama-se um mandamento (da razão), e a fórmula do mandamento chama-se Imperativo (2). Todos os imperativos se exprimem pelo verbo dever (sollen), e mostram assim a relação de uma lei objectiva da razão para uma vontade que segundo a sua constituição subjectiva não é por ela necessariamente determinada (uma obrigação). [...]

Ora, todos os imperativos ordenam ou hipotética - ou categoricamente. Os hipotéticos representam a necessidade prática de uma acção possível como meio de alcançar qualquer outra coisa que se quer (ou que é possível que se queira). **O imperativo categórico** seria aquele que nos representasse uma acção como objectivamente necessária por si mesma, sem relação com qualquer outra finalidade. (KANT, pp. 48 e 50, 2007.) (grifou-se).

Já em sua obra posterior, *Metafísica dos Costumes*, faz-se imperioso notar que qualquer finalidade de proteção da sociedade ou do próprio indivíduo é rechaçada, pois estaria fazendo do homem um meio, quando este só pode ser um fim.

⁴ *Mais le Juge sup, dans são o jugement final*, aplica-se exclusivamente ao príncipe da retribuição. *Celui-ci doit donc certes posséder une valeur que est pas negigeable*. (Mensagem do Papa Pita XII, ZStW 66. 1954. p. 14.) (JESCHECK, 2002, p. 76)

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 de 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 coisas: sua personalidade inata o protege disso, ainda que possa ser condenado à perda de sua personalidade civil. Ele deve previamente ter sido considerado *punível* antes que se possa de qualquer maneira pensar em extrair de sua punição alguma coisa útil para ele mesmo ou seus concidadãos. (KANT, 2003, pp. 174-175)

Dessarte, a pena não é hipotética, mas sim categórica. Assim, ela não tem finalidade externa ou utilitarista. De outro modo, também não é prescindível, uma vez que o mandamento moral deve ser cumprido sempre e para todos, sem abrigar qualquer exceção.

A lei da punição é um imperativo categórico e infeliz aquele que rasteja através das tortuosidades do eudaimonismo, a fim de descobrir algo que libere o criminoso da punição ou, ao menos, reduza sua quantidade pela vantagem que promete, de acordo com as palavras farisaicas: “É melhor que um homem morra do que pereça um povo inteiro.” Se a justiça desaparecer não haverá mais valor algum na vida dos seres humanos sobre a Terra. O que se deveria pensar, portanto, da proposta de preservar a vida de um criminoso sentenciado a morte, no caso de ele permitir ser objeto de perigosos experimentos e ser felizizado o bastante para sobreviver a eles, de maneira que dessa forma os médicos aprendessem algo novo benéfico para a comunidade? Um tribunal rejeitaria desdenhosamente uma tal proposta de uma junta médica, pois a justiça deixar de ser justiça se puder ser comprada por qualquer preço que seja. (KANT, 2003, pp. 174-175)

O referido filósofo destaca a proporcionalidade, própria da teoria retribucionista, lembrando a Lei de Talião, que, no mundo antigo, representou monumental *standart* de retribuição. No Iluminismo moderno, com o imperativo categórico, Kant assim sustenta o que chamou de princípio de igualdade:

Mas que tipo e que quantidade de punição correspondem ao princípio e a medida da justiça pública? Nada além do princípio de igualdade (na posição do ponteiro na balança da justiça) inclinar-se não mais para um lado do que para o outro. Em conformidade com isso, seja qual for o mal imerecido que infliges a uma outra pessoa no seio do povo, o infliges a ti mesmo. [...] Mas somente a Lei de Talião (*ius talionis*) – entendida, é claro, como aplicada por um tribunal (não por julgamento particular) – é capaz de especificar definitivamente a qualidade e a quantidade de punição; todos os demais princípios são flutuantes e inadequados a uma sentença de pura e estrita justiça, pois neles estão combinadas considerações estranhas. (KANT, 2003, p. 175)

De fato, a proporcionalidade parece ser aquilo de mais valoroso dentre o trazido pela teoria retribucionista, uma vez que, como se verá, as demais finalidades da pena são ou podem ser sempre utilitaristas. Entretanto, o pagamento do mal causado com um novo mal infligido, na exata medida um do outro, faz suscitar as penas cruéis: castigos corporais e pena capital. No entanto, não há espaço aqui para a pena de prisão perpétua, pois não há proporção dela com os delitos observados da prática delitativa, a não ser um crime bastante hipotético de um cárcere privado eterno, o que é impossível. Kant concebe a pena de morte, mas não a pena de vida:

O que se deve acrescentar é que se a sociedade civil chega a dissolver-se por consentimento de todos os seus membros, como se, por exemplo, um povo que habitasse uma ilha se decidisse a abandoná-la e se dispersar, o último preso deveria ser morto antes da dissolução, a fim de cada um sofresse a pena de seu crime e para que o crime de homicídio não recaísse sobre o povo que descuidasse da imposição dessa punição; porque então poderia ser considerado como cúmplice de tal violação pública da justiça (KANT, 2003, pp. 178-179)

Em tese de doutoramento, apresentada a essa universidade, Alamiro Velludo Salvador Netto também expõe tal constatação:

Por intermédio deste posicionamento, a pena, idealmente concebida, sempre estará pautada pela noção de proporcionalidade, ainda que a chamada Lei de Talião não possa ser concretizada em sua precisa medida de correspondência entre crime e punição. Tal fato deriva de natureza tantas vezes distinta, e não desprezada pelo autor, entre consequência do crime e a expressão da pena. Por óbvio que a honra do ofendido não pode ser equivalente, em termos exatos, com a restrição patrimonial do ofensor, devendo a proporcionalidade ser garantida por equiparação e, quiçá, certa dose de simbolismo. No tocante ao homicídio, KANT é taxativo ao assinalar que nenhuma punição, a não ser a morte, respeitaria a igualdade entre delito e resposta estatal, cunhado, aqui, a célebre e exaustivamente citada passagem da ilha, da dissolução social e do condenado. (2008, p. 165)

Ao que se indica a incompatibilidade da pena de prisão perpétua com o retribucionismo kantiano, passa-se, então, ao estudo do retribucionismo de Wilhelm Friedrich Hegel.

A filosofia hegeliana ressalta o papel da vontade e da liberdade, sendo justamente na tangente da liberdade que se encontra o direito e na frustração da liberdade de alguém à necessidade de imposição de uma pena:

[...] O direito começa por ser a existência imediata que a si se dá a liberdade de um modo também imediato nas formas seguintes: a) [...] b) [...] c) A vontade como diferenciada na relação consigo mesma, (a) não porque se relacione com outra pessoa, mas (b) porque é em si mesma vontade particular que se opõe ao seu ser em si e para si, constitui a injustiça e o crime. (HEGEL, 1997, p. 42)

Entretanto, vê-se o crime como um mal provisório que deve ser quebrado por outro mal, a pena, em um movimento dialético de negação – o crime nega a lei, a pena nega o crime e restabelece a vigência da lei –. Assim, explica Hans-Heinrich Jescheck:

2. Mas a questão é que sentido essa severidade extrema deve ter para a comunidade, típica da Lei de Talião (“olho por olho, dente por dente”), do conceito kantiano de punição. A esse respeito, Hegel (1770-1831) deu uma resposta que vai além de Kant. E, assim, fundamenta a pena no princípio dialético segundo o qual o ordenamento jurídico expõe a “vontade geral”, ao passo que a “vontade especial” do infrator, expressa em violação da lei, é negada por meio da pena e “Anulado” pela superioridade moral da comunidade. Desse modo, a coincidência da vontade geral com a especial é restabelecida por meio da manifestação da negação do crime, evidenciando-se a total ausência de validade desta. (2002, p. 76)⁵(Traduziu-se)

⁵ 2. Pero la cuestión es qué sentido debe tener para la comunidad esta severidad extrema, propia de la Ley dei Talión (“ojo por ojo, diente por diente”), del concepto kantiano de pena. Al respecto Hegel (1770-1831) ha dado una respuesta que va más allá de Kant. Y así, fundamenta la pena sobre el principio dialéctico según el cual el

Dessa forma, a pena se revela como um direito da sociedade e até mesmo daquele que infringiu a lei penal:

100 - A pena com que se aflige o criminoso não é apenas justa em si; justa que é, é também o ser em si da vontade do criminoso, uma maneira da sua liberdade existir, o seu direito. E é preciso acrescentar que, em relação ao próprio criminoso, constitui ela um direito, está já implicada na sua vontade existente, no seu ato. Porque vem de um ser de razão, este ato implica a universalidade que por si mesmo o criminoso reconheceu e à qual se deve submeter como ao seu próprio direito. (HEGEL, 1997, p. 89)

É imperioso notar que o retribucionismo de Hegel parte de ponto divergente daquele colocado por Immanuel Kant, o fundamento da pena tangencia a subjetividade, subjetividade inclusive do próprio autor do delito. Há uma aquiescência daquele que comete o injusto penal: ao agir mal, contra as leis, ele tem consciência do mal da pena e o aceita, devendo a ela se submeter. No que tange à teoria apresentada por Hegel, Alamiro Velludo explica citando Heiko Hartmut Lesch:

Estas colocações são feitas por LESH, o qual também deixa bastante evidente a postura aquiescência da pena pelo criminoso. Quando do cometimento do crime o delinquent impõem a sua própria “lei”, possibilitando uma reação que a negue em benefício daquela comunidade. A pena em HEGEL não supera assim o fato concreto, mas o delito enquanto lesão pela sua própria existência (SALVADOR NETTO, 2008, p. 167)

Heiko Hartmut Lesch, ao afirmar a orientação divergente em Immanuel Kant e Wilhelm Friedrich Hegel, apresenta, neste último, a discussão a respeito de uma proporcionalidade por identidade de valor. Veja-se:

HEGEL se orienta à diferença de KANT – no princípio de talião que compensa os valores: ... esta identidade baseada no conceito não é, porém, uma igualdade nas características específicas da lesão, mas nas próprias características existentes em si - no seu valor⁶. (LESCH, 2000, pp. 36-37 *apud* SALVADOR NETTO, 2008, p. 167)

Nessa dialética de crime e castigo, portanto, a igualdade é de valor. Ainda que o castigo da pena não possa em todo ser igual ao delito cometido, uma proporcionalidade quantitativa e qualitativa se deve impor:

101 - A supressão do crime é remissão, quer segundo o conceito, pois ela constitui uma violência contra a violência, quer segundo a existência, quando o crime possui uma certa grandeza qualitativa e quantitativa que se pode também encontrar na sua negação como existência. Todavia, esta identidade fundada no conceito não é a

Ordenamiento jurídico expone la “voluntad general”, mientras que la “voluntad especial” del delincuente, expresada através de la infracción del Derecho, es negada por medio de la pena y “anulada” por la superioridad moral de la comunidad. De este modo, es restablecida la coincidencia de la voluntad general con la especial mediante la manifestación de la negación del delito, y mostrada la total ausencia de validez de éste. (2002, p. 76)
⁶ *em el principio de untalión que compense los valores: ... esta identidade basada em el concepto no es empero una igualdad em la característica específicas de la lesión, sino em las características existentes em sí – em su valor*

igualdade qualitativa, é a que provém da natureza em si do crime, a igualdade de valor. (HEGEL, 1997, p. 90)

Desse modo, causadora de mal que é, a pena é mesmo vingança, mas vingança justa, proporcional, pois é compensação. Deslegitimando, por conseguinte, a vingança privada, que se torna violência:

102 - Neste domínio do direito imediato, a abolição do crime começa por ser a vingança que será justa no seu conteúdo se constituir uma compensação. Quanto à forma, ela é a ação de uma vontade subjetiva que, em cada dano que se produz, insere o seu indefinido e representa, portanto, uma justiça contingente. Às outras consciências aparece como uma vontade particular, e a vingança torna-se uma violência. Cai, por meio desta contradição, no processo do infinito e indefinidamente se transmite de geração em geração.

103 - Exigir a solução desta contradição (bem como a das outras injustiças, § 86a e § 89a), que aqui se cinge às modalidades da abolição do crime, é a exigência de uma justiça isenta de todo o interesse, de todo o aspecto particular, de toda a contingência da força, de uma justiça que pune mas não vinga. É a exigência de uma vontade que, como particular e subjetiva, aspira ao universal como tal. Mas é no conceito da moralidade subjetiva que reside não apenas essa aspiração, mas o resultado desse movimento. (HEGEL, 1997, pp. 92-93)

Percebe-se, então, que o retribucionismo aquiescente de Hegel tem grande zelo pela proporcionalidade, nisso é igual ao retribucionismo imperativo de Kant e, também, a exemplo do que ocorre no mundo das ideias, no plano do dever-ser, **no plano da justificação da pena**, a pena de prisão perpétua parece não ter lugar. Entretanto a que aponta para incompatibilidade da pena de prisão perpétua para Hegel não é o mesmo que aponta para a incompatibilidade em Kant, aqui o que advoga contra as penas de exclusão total do indivíduo da sociedade, seja por encarceramento perpétuo, seja por pena de morte, é o valor infinito do indivíduo, que não é perdido no criminoso:

O criminoso não é insignificante – é uma consciência de si, que por ser essa consciência de si é a consciência de si Universal – que é por é através da consciência de si do criminoso. O que resulta que o criminoso também tem um valor infinito e também justifica a opção de Hegel em ser contrário à pena de morte. (SALOMÃO NETO; DAVID, 2018, p. 74)

Tendo investigado os dois mais destacados fundamentos filosóficos da teoria da retribuição, se registra a filiação em tais teorias em importantes penalistas. Assim, Bernardo Feijoo Sanches:

A pena é uma sanção e, esta medida, partilha certas características com outras sanções penais ou extra-criminais, mas o que identifica como tal é a sua essência retributiva. Uma teoria que não leve em conta o referido conteúdo da remuneração será uma teoria sobre alguma forma de controle social, mas não sobre a pena. A pena é mal imposta a um autor (sujeito passivo) como compensação por sua ação. Isso só pode ser feito nas sociedades modernas pelo Estado (sujeito ativo) por meio de uma sentença por meio de procedimento público. Esta estratégia de remuneração é uma estratégia de

supervisão constante em todas as ordens sociais ou, pelo menos, nas que adquirem a forma de Estado. (2007, p. 51)⁷ (Traduziu-se)

Também é sustentado no Tratado de Direito Penal Alemão, de Franz von Liszt, quanto ao fim de causar o mal no criminoso por intermédio da pena, diz o autor que a reparação de danos teria o fim de curar a ferida, mas a pena em si tem o fim de abrir nova ferida e, assim, fazendo a manutenção da ordem, senão veja-se:

A pena é um mal que o delinquente sofre, é lesão de bens, ofensa de interesses juridicamente protegidos pela ordem jurídica que os protege. E por ahi a pena distingue-se essencialmente da indemnização, embora uma e outra possam ser compreendidas na idéa superior e comum dos efeitos jurídicos do injusto (?); porquanto a indemnização é reparação da lesão, deve curar a ferida, ao passo que a pena abre uma nova ferida e deste modo garante a manutenção da ordem jurídica. (LISZT, 1899, p. 400)

Na esteira dos teóricos da sucessão de maus, mal do crime e mal da pena, destaca-se o contemporâneo Günther Jakobs, que aceita, em seu funcionalismo sistêmico, a pena como infligidora de um mal a quem o mal fez, negando, entretanto, que atinge seu mister ao causar tal mal:

[...] o injusto é um mal e o dever do agente de arcar com os custos também é um mal, mas, apesar disso, a pena não pode ser definida como inflição de um mal em razão de outro mal cometido: seria absurdo “querer um mal simplesmente porque um outro mal já existe”, e essa sequência de atos maus somente caracteriza a pena segundo seu “caráter superficial”. A pena deve ser positivamente definida: ela é uma demonstração da eficácia da norma às expensas de um responsável. Disso resulta um mal, mas a pena não cumpre sua função já com esse feito, mas somente com a estabilização da norma violada. (JOKOBS, 2009, p. 21)

Para Günther Jakobs, há um movimento dialético entre o crime, a norma e a pena e uma relação de comunicação:

Não é por suas consequências externas que a violação normativa representa um conflito relevante do ponto de vista jurídico-penal, pois o Direito Penal não pode sanar as consequências externas. A pena não opera uma reparação de danos o; [...]. Imputa-se a um agente que se comporta de determinada maneira e que conhece ou, pelo o menos, é capaz de reconhecer as características de seu comportamento, que considere seu comportamento *condizente* com a conformação normativa do mundo. Essa imputação acontece em razão da responsabilidade pela própria motivação: se o agente estivesse predominantemente motivado a evitar um comportamento com os elementos relevantes, ter-se-ia comportado de outra forma; portanto, o comportamento praticado mostra que o agente não estava predominantemente motivado no momento para evitar o comportamento [...]. *Essa contradição à norma por meio de um comportamento é a*

⁷ *La pena es una sanción y, esa medida, comparte determinadas características con otras sanciones penales o extrapenales, pero lo que identifica como tal es su esencia retributiva. Una teoría que no tenga en cuenta dicho contenido retributivo será una teoría sobre alguna forma de control social, pero no sobre la pena. La pena es un mal impuesto a un autor (sujeto pasivo) como retribución de su hecho. Ello sólo se puede hacer en las sociedades modernas por parte del Estado (sujeto activo) mediante una condena a través de un procedimiento público. Esta estrategia retributiva es una estrategia de supervinencia constante en todas las órdenes sociales o, al menos, en los que adquieren una forma como Estado.* (2007, p. 51)

violação normativa. Uma violação normativa é, pois, uma desautorização da norma questionada enquanto modelo de orientação.

Assim já se delinea também como a pena de ser entendida como reação ao delito: ela não pode ser julgada [...] como um evento simplesmente externo [...], mas ela também tem um significado, qual seja, que a relevância do comportamento violador da norma não é determinada e que a norma é sempre determinante. [...] *Essa oposição à violação normativa executada à custa do agente é a pena.* (2009, pp. 25-26)

Mas são somente até aqui as aproximações de Jakobs a Kant e Hegel, no que toca às funções da pena, pois, para aquele, a pena receberá também função de prevenção, o que o afasta do entendimento dos dois últimos. Veja-se:

Nas categorias da problemática comumente designada como teorias da pena diz-se: a oposição da pena à violação normativa não se dá em seu próprio interesse, mas sim porque, na vida social, não é possível renunciar a orientações garantidas. A pena tem, pois, uma função, que deve repercutir justamente sobre o nível no qual a interação social ocorre, não se restringindo a significar algo: a pena deve proteger as condições dessa interação e tem, portanto, uma função *preventiva*. (JAKOBS, 2009, pp. 31-32)

De todo o exposto, decorrem as seguintes conclusões a respeito da adequação da pena de prisão perpétua.

Ainda que a proporcionalidade kantiana possa se dar por equivalência ou simbolismo, não se ajusta à tal proporção dos delitos graves a pena de prisão perpétua, senão a pena de morte, como expresso no citado exemplo da ilha e reafirmado na tese de Alamiro Velludo Salvador Netto. Ademais, em Kant, o indivíduo condenado perde sua personalidade civil e poderá ser instrumentalizado, ser útil: “Ele deve previamente ter sido considerado *punível* antes que se possa de qualquer maneira pensar em extrair de sua punição alguma coisa útil para ele mesmo ou seus concidadãos”. (KANT, 2003, pp. 174-175). Isso significa dizer, em consonância com toda a obra do autor, que perde sua própria característica de pessoa humana, pois essa jamais poderá ser instrumentalizada, podendo ser objeto de pena de morte. E em Hegel, como nem a condenação retira do condenado o seu valor infinito, não há justificação de qualquer uma das suas penas de exclusão completa da sociedade, via pena de morte ou via pena de prisão perpétua.

Em todas as demais formulações dos retribucionistas, a pena sempre tem o caráter de causar um mal em razão de outro mal ou causar um mal para gerar estabilidade do sistema. Na relação de mal por mal, a pena de prisão perpétua sempre será menos adequada do que a pena de morte, seja porque esta última é considerada quase sempre como mais rígida - e elas sempre serão direcionadas para os delitos mais graves -, seja porque ela pode ser diretamente proporcional ao delito, como no caso de delitos contra a vida, seja porque melhor representa equivalência ou simbolismo quanto aos delitos mais graves.

Quanto à específica teoria de Günther Jakobs, é necessário entendê-la dentro da sua própria teoria do delito, o funcionalismo sistêmico, e do seu direito penal do inimigo, por meio da qual ao cidadão não cabe a exclusão da sociedade sem retorno e ao inimigo, mais adequado à exclusão total via pena de morte, uma vez que inimigo é.

É forçoso destacar que, desde o princípio de Talião e também em Kant e Hegel, a pena como retribuição do mal traz, em seu bojo, a proporcionalidade, pois se deve retribuir na medida da ação. A retribuição tem um caráter deveras acentuado de Talião, especialmente porque, nos períodos em que se desenvolveram, seja clássico, seja no Iluminismo da Idade Moderna, os itinerários utilizados para punir eram majoritariamente corporais. Aquele que fura o olho de outrem teria o seu furado também; aquele que furta teria a sua mão cortada. Isso tornava a retribuição como proporcionalidade direta mais viável.

Também, com a humanização das penas no período posterior às revoluções burguesas e com o novo sistema de produção, o Capitalismo, as penas passam de castigos físicos para penas de liberdade, restringindo o tempo do apenado, e não ferindo o seu corpo. No Capitalismo, o bem mais precioso que o proletário tem é o seu tempo, pois é a única coisa que ele pode vender (MASCARO, 2012). Nesse cenário, perde força a retribuição, pois agora ela deverá ser convertida.

Por arremate, anotou-se a precisa crítica de Jescheck:

4. Como crítica às teorias absolutas, deve-se argumentar que a realização da moralidade absoluta na terra não é uma missão do Estado, e que para seus fins e meios de poder também não pode ser grave. A maior parte das injustiças efetivamente cometidas permanece, como se sabe, impune. Para o poder do Estado, a aplicação da pena só pode tentar manter a coexistência pacífica e segura das pessoas por meio de coerção legal. Precisamente por isso, a pena nem sempre e em qualquer caso se aplica onde se deve fazer justiça, mas apenas quando é inevitável no interesse da proteção da sociedade. Deve-se notar também que nas teorias absolutas da punição a pessoa nunca é reconhecida como uma entidade necessitada de ajuda, repetidamente maltratada e fraca diante das tentações; na verdade, a pessoa é tratada com justiça, mas com uma frieza glacial. A verdade duradoura das teorias absolutas é que a proteção da sociedade só pode ser aspirada por meio da punição, na medida em que seja necessária e sempre de maneira justa. (2002, pp. 76-77)⁸(Traduziu-se)

⁸ 4. *Como crítica a las teorias absolutas debe aducirse que la realización de la moral absoluta sobre la tierra no es una misión dei Estado, y que por sus fines y medios de poder tampoco puede serio. La mayoría del injusto realmente cometido queda, según es conocido, sin castigar. Para el poder del Estado, con la aplicación de la pena únicamente puede tratarse de mantener la convivência pacífica y segura de las personas a través de la coacción jurídica. Precisamente por ello, la pena no es impuesta siempre y en todo caso donde debe hacerse justicia, sino únicamente cuando ello es inevitable en interés de la protección de la sociedad. Hay que destacar, además, que en las teorias absolutas de la pena nunca se reconoce a la persona como un ente necesitadode ayuda, repetidamente maltratado y débil ante las tentaciones; en verdad se trata a la persona justamente, pero con una frialdad glacial. La verdad duradera de las teorias absolutas consiste en que sólo puede aspirarse a la protección de la sociedad por medio de la pena, en la medida en que ello sea necesario y siempre de un modo justo.* (2002, p. 76-77)

Em outro passo, em suas funções manifestas, as penas recebem funções de prevenção, sendo elas: prevenção geral, prevenção especial negativa e prevenção especial positiva.

Ameaça de uma Pena de Vida (Prevenção Geral): “Quem pensa em punir de forma razoável não o faz pelos injustos já cometidos ... mas com a vontade tola de que nem o próprio agressor volte a cometer o injusto, nem os demais que veem como é castigado” (JESCHECK, 2002, p. 77)⁹(Traduziu-se)

Sejam de prevenção geral, sejam de prevenção especial, as teorias prevencionistas ganham maior vulto no fim do período iluminista, onde foram desenvolvidas ao lado da teoria retribucionista, tratadas no tópico antecedente. Sobre o contexto histórico e o lugar da teoria no Iluminismo, explica Alamiro Velludo:

A postulação da pena como instrumento preventivo da sociedade certamente confunde-se com a própria idéia vulgar que se tem da punição, isto é, punir para que não retorne o delito. Não é sem razão que um significativo grupo de expoentes do Iluminismo, mesmo movimento radical que também propiciou o caldo de cultura para a elaboração filosófica da retribuição, tenha formulado as premissas elementares do ideário preventivo. (2008, p. 172)

Todavia é contemporaneamente que a função de prevenção ganha maior importância, estando presente em praticamente todos os ordenamentos jurídicos penais do Ocidente. Nesse sentido, afirma Claus Roxin:

O ponto de partida de qualquer teoria que possa ser defendida hoje deve partir do entendimento de que o final da pena só pode ser preventivo. Uma vez que as normas penais só se justificam quando tendem a proteger a liberdade individual e uma ordem social que está a seu serviço (cfr. § 2, n. 9 e seguintes), a punição concreta só pode perseguir isso, ou seja, uma finalidade preventiva de o crime (cf. n° 15, 28). Daqui decorre também que a prevenção especial e a prevenção geral devem figurar conjuntamente como fim da pena. Uma vez que atos criminosos podem ser evitados tanto por meio da influência sobre o indivíduo quanto sobre a comunidade, ambos os meios estão subordinados ao fim último a que se estendem e são igualmente legítimos.¹⁰ (1997, p. 95) (Traduziu-se)

São teorias distintas a prevenção geral e as prevenções especiais negativa e positiva, embora possam caminhar juntas. Isso é o que sustenta Roxin:

A busca simultânea da finalidade preventiva geral e especial não é problemática quando a sentença declarada na sentença específica é adequada para atingir ambos os

⁹ “*Quien piensa en castigar de modo razonable, no lo hace por el injusto ya cometido...sino con la voluntad fatura de que ni el autor mismo vuelva a cometer el injusto, ni tampoco los demás que ven cómo aquél es castigado*” (JESCHECK, 2002, p. 77)

¹⁰ *El punto de partida de toda teoría hoy defendible debe basarse en el entendimiento de que el fin de la pena sólo puede ser de tipo preventivo. Puesto que las normas penales sólo están justificadas cuando tienden a la protección de la libertad individual y a un orden social que está a su servicio (cfr. § 2, nm. 9 ss.), también la pena concreta sólo puede perseguir esto, es decir, un fin preventivo del delito* ^{33a} (cfr. nm. 15, 28). *De ello resulta además que la prevención especial y la prevención general deben figurar conjuntamente como fines de la pena. Puesto que los hechos delictivos pueden ser evitados tanto a través de la influencia sobre el particular como sobre la colectividad, ambos »medios se subordinan al fin último al que se extienden y son igualmente legítimos.* (ROXIN, 1997, p. 95)

fins da forma mais eficaz possível. Esta concepção não encontra dificuldades quando, no caso específico, a sanção se baseia apenas na componente geral preventiva da pena, porque não há perigo de reincidência. Para efeitos preventivos a pena persiste também quando a prevenção não é exigida de todos os pontos de vista ao mesmo tempo pedagógica e terapeuticamente eficaz quando se estabelece uma relação de cooperação com o condenado. Uma "socialização forçada" não teria perspectivas de sucesso nem seria admissível nos termos do art. 1 GG. Portanto, se o condenado se recusa a colaborar na ressocialização, então, sem dúvida, sua prontidão para fazê-lo deve ser despertada o quanto antes, mas não pode ser forçada. Naturalmente, também neste caso a sentença deve ser executada; No entanto, a necessidade de prevenção geral é suficiente para sua justificativa. Desse modo, ao mesmo tempo, todas as objeções que são alegadas contra o objetivo da ressocialização são invalidadas, porque esta conduz a uma adaptação forçada que viola a personalidade (cf. n. 17 f. Pois quando o condenado, por sua própria iniciativa, colabora na execução da execução, isso não contribui para a violação da sua personalidade, mas precisamente para o seu desenvolvimento. Se a ressocialização pressupõe voluntariedade, também é claro porque não há contradição insolúvel quando o BVerfG, por um lado, estabelece um direito fundamental à ressocialização (n. 14), mas, por outro lado, nega ao Estado o poder "para corrigir aos seus cidadãos" (n.º 17). O que é proibido é apenas a educação de adultos forçada; No entanto, o condenado tem direito a que o Estado o ajude na reinserção social a que ele próprio aspira.¹¹ (1997, p. 95) (Traduziu-se)

Conquanto, é necessário fazer a distinção das duas maneiras de prevenção. Com esse intento, cita-se Alamiro Velludo Salvador Netto:

Os mecanismos utilizados para a prevenção de delitos [...] apontam duas maneiras de operacionalização desta finalidade. Em primeiro lugar, utiliza-se o Direito como mecanismo de coerção ou coibição. [...] Nesse sentido, a existência do comando legal como produto legislativo, na medida em que, por si só, já significa uma restrição à liberdade individual (ameaça de pena), impõe uma tendência social à obediência da norma, seja por motivos de afirmação de valores jurídicos, sociais, morais, seja por razões pragmáticas que conduzem o cidadão a se abster da infração do dever. Ao lado desse instrumento persuasivo [...] situa-se a efetiva utilização da pena, a constrição da liberdade de certo cidadão [...]. Percebe-se que a mera ameaça legislativa tende a salientar a idéia geral da prevenção [...]. Por outro lado, a utilização dirigida da violência ao caso concreto, sua efetivação, permite uma percepção dupla da prevenção, motivo pelo qual pode ser visualizada em face do condenado ou executado (prevenção especial), bem como dos reflexos que produz em toda

¹¹ *La persecución simultánea del fin preventivo general y especial no es problemática donde la pena declarada en la sentencia concreta es adecuada para alcanzar ambos fines tan eficazmente como sea posible. Esta concepción tampoco encuentra dificultades allí donde, en el caso concreto, la sanción sólo se basa en el componente preventivogeneral de la pena porque no existe peligro alguno de reincidencia. Pues el fin preventivo de la pena también persiste cuando no se requiere una prevención desde todos los puntos de vista al mismo tiempo pedagógica y terapéuticamente eficaz cuando se establece una relación de cooperación con el condenado. Una "socialización forzosa" ni tendría perspectivas de éxito ni sería admisible en atención al art. 1 GG. Por tanto, si el condenado rehusa su colaboración para la resocialización, sin duda debe despertarse entonces su disposición para ello en cuanto sea posible, pero no puede ser forzado. Naturalmente, también en este caso debe ejecutarse la pena; para su justificación es suficiente, sin embargo, la necesidad de prevención general. De este modo se invalidan al mismo tiempo todas las objeciones que se alegan contra el fin de resocialización con el argumento de que éste conduce a una adaptación forzosa que viola la personalidad (cfr. nm. 17 s.). Pues cuando el condenado, por iniciativa propia, colabora en el desarrollo de la ejecución, ello no contribuye a la violación de su personalidad, sino precisamente al desarrollo de la misma. Si resocialización presupone voluntariedad, está claro también por qué no hay contradicción irresoluble alguna cuando el BVerfG, por una parte, estatuye un derecho fundamental a la resocialización (nm. 14), pero, por otra parte, niega al Estado la facultad «de corregir a sus ciudadanos» (nm. 17). Lo prohibido es únicamente la educación forzada de adultos; no obstante, el condenado tiene derecho a que el Estado le ayude en la reinserción social a la que él mismo aspira. (ROXIN, 1997, p. 95)*

sociedade ao reafirmar a vigência do imperativo jurídico violado (prevenção geral). (2008, pp. 172-173)

Tendo em vista a divisão entre as teses de prevenção já apresentadas, este estudo dedicou-se, inicialmente, à prevenção geral.

Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach (1989) afirma que a definição de um crime e a cominação de uma pena serviriam de desestímulo ao agente que pretende cometer um delito, assim, os concidadãos se intimidariam ao verem o outro recebendo uma pena pela prática do delito.

Todas as violações têm sua causa psicológica na sensibilidade, na medida em que os desejos humanos é o que impulsiona o homem, a cometer a ação. Esse impulso sensível pode ser anulado se todos souberem que sua ação será seguida, infalivelmente, de um mal maior do que o desgosto proveniente da abstenção do fato. (FEUERBACH *apud* QUEIROZ, 2008, p. 189)

Para Feuerbach, é imprescindível dar vigência ao princípio da legalidade, pois, sem a norma penal incriminadora e sua sanção, exercer a coação psicológica da prevenção geral positiva é impossível, uma vez que, “para fundar a convicção geral sobre a vinculação entre os ilícitos e esse mal, é necessário que uma lei estabeleça o mal como necessária consequência do delito (ameaça legal)” (FEUERBACH *apud* QUEIROZ, 2008, p. 189).

Nesse esteio, Alamiro Velludo Salvador Netto, também sobre Feuerbach e a prevenção geral negativa, observa a atribuição de valor positivo à pena, o que rompe com algumas das ideias já explanadas, quando se tratou de retribuição, nas quais se definiu a pena como ferida ou mal (valor negativo) e onde jamais se admitiria que o castigo pudesse ser usado para aperfeiçoar o apenado ou obter resultados externos, uma vez que isso instrumentalizaria o ser humano.

A pena, para ele [Feuerbach], tem como finalidade principal afastar todos da prática do crime mediante sua ameaça. Ao lado disso, cumpre missões de intimidar perante aflição punitiva, de garantir a segurança do Estado diante dos condenados e de proporcionar o aperfeiçoamento jurídico do apenado. A idéia que surge aqui exprime valor positivo ao espetáculo da punição, ainda que o autor considere princípios da Ilustração, como: a pessoalidade da pena, a proporcionalidade, a legalidade e a demarcação judicial da imposição sancionatória.

[..] A pena, nesta premissa, deve funcionar como um estímulo contrário à natural tendência de cometimento de ilícito. Constitui um desgosto, um desconforto mais incisivo e certo do que a sensação satisfatória da violação da norma penal. (SALVADOR NETTO, 2008, p. 175)

E, desse modo, observa-se, diretamente, em Johann Anselm von Feuerbach, a pena como ameaça que se aperfeiçoa justamente quando alcança objetivos externos maiores e mais importantes, retomando, nesse ponto, um já mencionado hibridismo em favor da atuação

simultânea de mais de uma finalidade da pena, sobretudo os fins de intimidação, garantia da segurança do Estado e melhoria do apenado pela aflição punitiva.

O objetivo principal e necessário de toda punição é separar todos do crime, ameaçando-os. No entanto, um erro ordenado criminalmente será mais adequado ao seu objeto quanto mais adequado for para alcançar objetivos paralelos maiores e mais importantes. Esses possíveis objetivos paralelos são: 1) Intimidação direta através do espetáculo de infligir punições; 2) A segurança do estado contra criminosos penalizados; 3) O aperfeiçoamento jurídico do condenado. (FEUERBACH, 1989, p. 125)¹² (Traduziu-se)

Como se vê, a pena tipificada nos preceitos secundários dos delitos tem um papel de coação psicológica, após a descrição da conduta proibida, feita no preceito primário do tipo penal. O Estado ameaça todos com o mal da pena – prevenção geral positiva. Em momento posterior, no momento da aplicação da pena, o Estado faz mais uma vez uma ameaça à sociedade. Dessa maneira, a aplicação da pena é imprescindível na prevenção geral, pois, aplicando a pena a um determinado indivíduo, isso reforça e revalida a norma.

Dessa maneira, a intimidação ou coação psicológica (efeito dissuasório) pretende atuar em dois momentos: em uma primeira etapa antes da comissão do delito, com “*a cominação penal*” dirigida à generalidade das pessoas, provocando uma sensação de desgosto e impedindo a comissão do delito; e, em um segundo momento, posterior ao fato delitivo, mediante a “*execução exemplarizada da pena*” e sua influência psicológica em outros, já que do contrário se esvaziaria a ameaça ideal. (BUSATO, 2013, pp. 759-760)

Dessa forma, o Estado, em um primeiro momento, com a cominação das penas, exerce coação psicológica para que os indivíduos de determinada sociedade tenham um estímulo à não realização da conduta descrita; e, em um segundo momento, aplica a pena àquele que transgrediu a regra para que sirva de exemplo aos demais, gerando, teoricamente, um ainda maior desestímulo.

Prosseguindo, notável é a função de prevenção geral negativa que se encontra na obra *Dos Delitos e das Penas* (2005), de Cesare Beccaria. A celebrada máxima do autor de que o que gera a sensação de segurança não é a rigidez da pena, mas sim sua certeza é a mais pura prevenção geral negativa.

O fim, portanto, não é outro que o de impedir que o réu cometa novos danos aos seus cidadãos e de demover os outros de fazerem o mesmo. Aquelas penas, portanto, e aquele método de infligi-las, deve ser eleito de tal forma que, observada a proporção,

¹² *Toda pena tiene como objetivo principal y necesario el de apartar a todos del crimen mediante su amenaza. No obstante, un mal penalmente conminado será más adecuado a su objeto cuanto más idóneo sea para alcanzar mayores y más importantes objetivos paralelos. Estos posibles objetivos paralelos son: 1) La intimidación directa mediante el espectáculo de infligir la pena; 2) La seguridad del estado frente a los criminales penados; 3) El mejoramiento jurídico del penado.* (FEUERBACH, 1989, p. 125)

causará uma impressão mais eficaz e mais durável sobre os ânimos dos homens, e a menos tormentosa sobre o corpo do réu (BECCARIA, 2005, p. 76)

Ainda sobre a dissuasão, veja-se a lição de Eugenio Raúl Zaffaroni:

A prevenção geral negativa, tomada em sua versão pura, pretende obter com a pena a dissuasão dos que não delinquiram e podem sentir-se tentados a fazê-lo. Com esse discurso, a criminalização assumiria uma função utilitária, livre de toda consideração ética e, por conseguinte, sua medida deveria ser necessária para intimidar aqueles que possam sentir a tentação de cometer delitos, embora tenha a doutrina imposto limites mais ou menos arbitrários a tal medida. Parte-se aqui de uma concepção mecânico-racional do humano, como um ente que em qualquer circunstância realizaria a comparação custo-benefício. (ZAFFARONI, 2011, p. 117)

Ademais, vale registrar os pensadores que inauguraram subdivisões dessa teoria, a saber: i) eticizada (de Feuerbach, cuja preocupação é internalização pelo público de reforços positivos de caráter ético-social, com o fito de provocar repulsa moral diante da prática criminosa); e ii) sistêmica (de Carrara e Jakobs, que objetiva promover consenso no público geral de confiança no sistema social para que a pena corrija a desmoralização sofrida pelo sistema quando do fato delituoso).

Paralelamente, anota-se da mesma forma a punição como necessária para manutenção e restauração do sistema social, que remonta a um processo comunicativo, pelo qual relembra a dialética de Hegel, pois ao castigo se dá função de publicidade restauradora da má propaganda que o delito faz do sistema, que é idealmente perfeito (ZAFFARONI, 2011, p. 121).

Também se observa em Eugenio Raúl Zaffaroni o seguinte:

[...] [Trata-se da] legitimação discursiva que pretende atribuir ao poder punitivo a função manifesta de prevenção geral positiva: a criminalização estaria fundamentada em seu efeito positivo sobre os não-criminalizados, não porém para dissuadi-los pela intimidação, mas e sim com valor simbólico produtor de consenso, e, portanto, reforçador da sua confiança no sistema social em geral (e no sistema penal em particular). Por essa linha firma-se que o poder punitivo é exercido sobre um conflito que, até este momento não está superado, razão pela qual, ainda que tal exercício não cure as feridas da vítima nem lhe repare os danos, cabe impor um mal ao autor. Este mal deve ser entendido como parte de um processo comunicativo, desse modo estende-se uma ponte entre teoria preventivista e Hegel, na consideração da pena como contra-afirmação de que o autor não pôde configurar dessa maneira seu mundo. Sustenta-se assim, que o poder punitivo supera a perturbação pelo aspecto comunicativo do fato delituoso, que seria o único que interessa, exprimindo-se na perturbação da vigência da norma, imprescindível para a existência de uma sociedade. Em última instância, o delito seria uma má propaganda para o sistema, e uma pena seria a expressão através da qual o sistema faria uma publicidade neutralizante. (ZAFFARONI, 2011, p. 123)

Tais posições vão de encontro ao que afirma Immanuel Kant, uma vez que o indivíduo condenado cumpre uma pena que serviria para um fim externo a si mesmo, o que para Kant

seria a instrumentalização do ser humano. Aliás, essa finalidade se alinha à filosofia diametralmente oposta à sua, o consequencialismo de Jeremy Bentham.

Concepção semelhante traz Francesco Carrara sobre a prevenção geral positiva:

O fim da pena não é que se faça justiça, nem que seja findado o ofendido, nem que seja ressarcido o dano por ele sofrido; ou que se amedrontem os cidadãos, expie o delinqüente o seu crime, ou obtenha a sua correção. Podem, todas essas, ser consequências acessórias da pena, algumas delas desejáveis; mas a pena permaneceria como ato inatacável mesmo quando faltassem todos esses resultados. O fim da pena é o restabelecimento da ordem externa da sociedade. (CARRARA, 2002, p. 78)

É bastante claro o utilitarismo penal de Jeremy Bentham. Para ele, a pena seria inútil para fatos isolados irrepetíveis, como, por exemplo:

O castigo em que o réu padece é um painel em que todo homem pode ver o retrato do que lhe teria acontecido, se infelizmente incorresse no mesmo crime. Considerando o delito que passou na razão de um fato isolado, que não torna a aparecer, a pena teria sido inútil; seria ajuntar um mal a outro mal; mas quando se observa que um delito impune deixaria o caminho livre não só ao réu, mas a todos os mais que tivessem os mesmos motivos e ocasiões para se abalancharem ao crime, logo se conhece que a pena aplicada a um indivíduo é o modo de conservar o todo. (2002, pp. 23-24)

A prevenção geral, de fato, é utilitarista, ao tempo em que é útil à sociedade como suposto desestímulo ao cometimento do delito. Para Bentham, o preço da conduta delitativa deve ser superior ao ganho do cometimento do delito, assim, quando o possível autor do delito for analisar o que pode ganhar e o que pode perder do cometimento do futuro delito, conclui-se pelo não cometimento.

Aliás, nesse sentido, Luigi Ferrajoli (2002, p. 203):

São teorias absolutas todas aquelas doutrinas que concebem a pena como um fim em si própria, ou seja, como "castigo", "reação", "reparação" ou, ainda, "retribuição" do crime, justificada por seu, intrínseco valor axiológico, vale dizer, não um meio, e tampouco um custo, mas, sim, um dever ser metajurídico que possui em si seu próprio fundamento. São, ao contrário, "relativas" todas as doutrinas utilitaristas, que consideram e justificam a pena enquanto meio para a realização do fim utilitário da prevenção de futuros delitos.

Ocorre que, do utilitarismo da prevenção geral, a inflação da pena é consequência quase sempre certa, pois, como é claro, enquanto maior for a pena cominada ao delito, maior seria a dissuasão no cometimento do delito.

Nesse mesmo sentido, se desdobra a prevenção geral negativa, uma vez imposta a sanção em preceito secundário, feita, portanto, a ameaça, a coação psicológica, quando desrespeitada a ameaça, é necessária a aplicação da sanção não para retribuir o mal, mas para inibir os demais membros da comunidade a repetirem o comportamento. Para reforçar ou restabelecer o desestímulo, faz-se a coação psicológica.

A posição agora espalhada é bastante refutada na criminologia crítica. Especialmente nos delitos de maior gravidade, delitos contra a vida e delitos contra a dignidade sexual, parece a intimidação penal não ser satisfatória. Assim expõe Eugenio Raúl Zaffaroni:

Com respeito a outras formas mais graves de criminalidade, o efeito de dissuasão parece ser ainda menos sensível: em alguns casos são cometidos por pessoas invulneráveis ('colarinho branco', terrorismo de estado); em outros, seus autores costumam ser fanáticos, não levando em consideração a ameaça da pena ou considerando-a um estímulo (ataques com recursos de destruição maciça); é também mais que duvidoso o efeito da dissuasão sobre pessoas que atuam motivadas por ganhos patrimoniais consideráveis (sicários, mercenários, administradores de empresas delituosas – 'crime as business'), ou ainda em circunstâncias pouco propícias à reflexão sobre a ameaça penal (a maioria dos homicídios dolosos) ou finalmente onde ocorreram motivações patológicas (semi-imputáveis). As únicas experiências de efeito dissuasivo do poder punitivo passíveis de verificação são os estados de terror, com penas cruéis e indiscriminadas. (2013, pp. 117-118)

Nas teorias da prevenção geral, a princípio, haveria lugar a todas as penas, desde que essas tivessem um bom efeito de inibição, como o apontado por Zaffaroni, teriam lugar as penas cruéis e indiscriminadas. E, exatamente aí, reside a grande crítica a tal sistema, ou seja, afasta-se a culpabilidade e utiliza-se a utilidade:

A prevenção geral carece de escala para determinar a magnitude da pena a ser imposta quando não se limita ao princípio da culpa, uma vez que se poderia admitir que quanto mais rigorosa é a pena, mais efeitos dissuasivos apresenta. Na realidade, não é a sua gravidade possível, mas a justa pena na sua relação com o conteúdo injusto do facto e a culpa do autor do crime, que pode influenciar a consciência jurídica da comunidade com uma "força modeladora dos costumes". A prevenção geral como um meio simples de intimidação faz mais mal do que bem. (JESCHECK, 2002, p. 77)¹³ (Traduziu-se)

Porém, desde o tempo de Beccaria, se sabe que a rigidez da pena não tem o efeito de dissuasão que se esperava.

Ainda que se acredite nessa hipotética inibição causada pela ameaça ou pelo exemplo da pena, o que faria maior sentido seria a adoção da pena de morte, e não da perpétua. Insta salientar que, se o princípio é utilitarista, a pena de morte causa maior temor e ainda é economicamente mais viável ao Estado. Registre-se ainda que não há demonstração de que a pena de prisão perpétua tenha poder de inibição e desestímulo maior do que as penas de prisão por tempo determinado, se despindo de sentido com relação ao fim da prevenção geral.

Desse modo, a pena, que é sim um mal infligido ao infrator, encontra seu fim:

¹³ *A la prevención general le falta la escala para la determinación de la magnitud de la pena a imponer cuando no se la limita por medio del principio de culpabilidad, pues podría aceptarse que una pena cuanto más rigurosa es, más efectos disuasorios despliega. En realidad, no es su posible severidad sino la pena justa en su relación con el contenido de injusto del hecho y con la culpabilidad del autor, la que puede influir sobre la conciencia jurídica de la colectividad con una "fuerza configuradora de las costumbres". La prevención general como un simple medio de intimidación causa más daño que beneficio. (JESCHECK, 2002, p. 77)*

Em todo caso, a pena faz com que a norma continue sendo efetivamente um modelo idôneo de orientação. Resumindo: *a função da pena é a preservação da norma enquanto modelo de orientação para contatos sociais. O conteúdo da norma é uma oposição à custa do infrator contra a desautorização da norma.* (JAKOBS, 2009, p. 27)

Jakobs continua:

Nas categorias da problemática comumente designada como teorias da pena diz-se: a oposição da pena à violação normativa não se dá em seu próprio interesse, mas sim porque, na vida social, não é possível renunciar a orientações garantidas. A pena tem, pois, uma função, que deve repercutir justamente sobre o nível no qual a interação social ocorre, não se restringindo a significar algo: a pena deve proteger as condições dessa interação e tem, portanto, uma função *preventiva*. (2009, pp. 31-32)

Note-se que, em Günther Jakobs, a prevenção geral ganha outros coloridos, ou seja, a pena passa a ser a validadora da confiança normativa e abandona o fim propriamente dito de garantia de não reincidência:

A proteção se dá por intermédio da validação da confiança daqueles que confiam na norma. A validação não tem por conteúdo a afirmação de que ninguém jamais voltará a violar a norma, pois a pena intimidaria potenciais delinquentes, tampouco se trata de um prognóstico especial acerca do comportamento futuro dos agentes. Os destinatários da pena não são, primariamente, apenas algumas pessoas consideradas enquanto agentes potenciais, mas todas as pessoas, pois, visto que ninguém pode prescindir das interações sociais, todos precisam saber o que podem esperar de tais interações. Nesse sentido, a pena é aplicada no intuito de *exercitar a confiança normativa*. (JAKOBS, 2009, p. 32)

Günther Jakobs diz que a pena tem três intuitos/efeitos: “exercitar a confiança normativa”, “exercitar a fidelidade jurídica” e “exercitar a aceitação das consequências”. Por isso, ela afirma que:

Os três efeitos mencionados podem ser resumidos como exercício do reconhecimento normativo. Como esse exercício deve acontecer para todos, no modelo descrito de função da punição estatal, trata-se de *prevenção geral por meio do exercício do reconhecimento normativo* (a chamada “prevenção positiva ou geral”, *i.e.*, não apenas intimidativa).

Secundariamente, a pena pode impressionar de tal forma o indivíduo punido ou terceiros que eles se abstenham de praticar crimes no futuro. Esses efeitos causados não pelo reconhecimento da norma, mas pelo temor são efeitos complementares da pena que podem ser desejados, mas não é função da pena provocá-los. (2009, p. 33)

A prevenção geral, como se viu, pode estar voltada a proteger duas coisas: 1) a sociedade contra o acontecimento ou reincidência do crime; e 2) criar a confiança normativa. No que concerne à primeira, ela é eminentemente utilitarista e ameaçadora. Em relação ao caráter ameaçador, coação psicológica de Feuerbach, a pena de morte será sempre mais ameaçadora do que a pena de prisão perpétua, assim também para o utilitarismo de Bentham, em que a pena capital será sempre mais eficiente e menos honerosa do que a pena de vida.

Na necessidade de pena de Beccaria, assim como no exercício do reconhecimento normativo de Jakobs, a severidade da pena se reveste de certa irrelevância em relação ao cidadão, sendo, nesse sentido, muito mais adequadas penas menos severas e atreladas à humanidade das penas, como as penas de prisão por tempo determinado, para o último, e em relação ao não cidadão, o inimigo, é mais adequada a morte.

Por sua vez, a prevenção especial atua diretamente sobre o indivíduo que cometeu um injusto culpável. A pena realizaria, nesse sentido, a inocuização do indivíduo para que ele fique impossibilitado de realizar atividade delitiva, isto é, durante o período de cumprimento da reprimenda penal, ficaria inocuizado. Nesse sentido, leciona Luiz Regis Prado, Gisele Mendes de Carvalho e Érika Mendes de Carvalho:

A prevenção especial, por sua vez, consiste na atuação sobre a pessoa do delinquente, para evitar que volte a delinquir no futuro. Assim, enquanto a prevenção geral se dirige indistintamente à totalidade dos indivíduos integrantes da sociedade, a ideia de prevenção especial refere-se ao delinquente em si, concretamente considerado. Manifesta-se como advertência ou intimidação individual, correção ou emenda do delinquente, reinserção social ou separação, quando incorrigível ou de difícil correção. (2014, p. 450)

No bojo do escólio supramencionado, são delineadas as prevenções especiais em geral, no trecho que se traz a seguir, o qual particularmente trata da prevenção especial negativa, em que Eugenio Raúl Zaffaroni colaciona os motes trazidos pela teoria de Raffaele Garofalo:

As teorias de prevenção especial negativa (cujo modelo é Garofalo) atribuem à pena uma função de eliminação ou neutralização física da pessoa para conservar uma sociedade, que se parece com um organismo ou com um ser humano, atingida por uma disfunção, que é sintoma da inferioridade biopsicossocial de uma pessoa e que é preciso responder na medida necessária para neutralizar o perigo que implica sua inferioridade. (ZAFFARONI, 2013, p. 116)

Também nessa senda, consoante Paulo César Busato, a origem do fim de prevenção especial negativa é a escola positiva italiana da qual faz parte Garafalo. O autor tece os seguintes comentários:

O maior desenvolvimento da prevenção especial, em sua vertente negativa, sem dúvida, aparece com a *Escola Positiva Italiana*. [...] O que se pretendeu foi explicar a razão do homem delinquir. O delinquente é considerado um doente, pelo que seu estudo deve estar submetido a critérios clínicos. [...] Von Liszt destacou as três formas de atuação da prevenção especial: a intimidação, a correção e a inocuização [...]. Propõe, paralelamente, inocuizar ao irressocializável [...]. (BUSATO, 2013, p. 765)

No entanto, a inocuização do indivíduo também não tem demonstrado funcionar, retirando o indivíduo que delinuiu da sociedade para que, ao menos nesse período de cumprimento de pena, nada tem evitado o cometimento de delitos. É de conhecimento notório que um dos lugares mais criminógenos são os próprios presídios.

Também, aqui, o princípio orientador não é do tipo de um imperativo categórico e não se sustenta em uma proporcionalidade de delito e castigo, mas sim em uma lógica utilitarista como nas outras teorias de prevenção.

Assim, qual pena melhor inocuizaria o indivíduo que comete a conduta desviada? A pena que melhor atenderia a esse anseio é a pena de morte, pois somente está completamente inoculado aquele que está morto. Entretanto, utiliza-se de várias outras modalidades de pena para tanto, especialmente por conta de uma gradação da censura imposta ao cometedor de crimes, mas, mais uma vez, se levado ao extremo e se considerando os maiores delitos, inexoravelmente a resposta chegará à pena de morte.

De novo, o ser humano restaria instrumentalizado; e a pena de morte se adequaria melhor do que a pena perpétua.

Nesse sentido, volta-se a Alamiro Velludo Salvador Netto sobre prevenção especial citando Franz von Liszt.

Dentro de uma perspectiva mais específica no tocante aos fins da pena, VON LISZT claramente encerra-se dentro do grupo de autores que a esta outorgam finalidade de prevenção, sendo, portanto, uma tese relativa da sanção criminal. Mais precisamente, se está diante de uma tese relativa de significativa preponderância especial, ou seja, ainda que a sociedade em geral não seja desprezada no raciocínio do autor, é notório que a punição deve adequar-se ao delincente. [...]

A pena criminal deve ser sempre compreendida como coação, podendo articular sua natureza por meio da motivação ou da força. No primeiro caso, propõe-se a alcançar: a correção (fortalecimento de motivos altruístas) e a intimidação (fortalecimento do egoísmo coincidente com o altruísmo). A pena como força ou coação direta almeja a neutralização do delincente, segregando-o da sociedade. Da reunião destas finalidades preventivo-especiais extrai-se a mais famosa frase do autor: “... *correção do delinqüente capaz de corrigir-se e necessitado de correção; intimidação do delinqüente que não necessita de correção; neutralização do delinqüente que carece de capacidade de correção.*” (SALVADOR NETTO, 2008, p. 183)

E, ainda, Alamiro Velludo Salvador Netto, citando Claus Roxin sobre três críticas à prevenção especial, afirma que:

Três são as críticas de ROXIN ao pensamento consistente na prevenção especial. Destaca, em primeiro lugar, a impossibilidade de delimitar quais são os fatos que realmente representam delinqüentes que necessitam de correção. Mais do que isso, esta necessidade de correção poderia conduzir ao critério de indeterminação da pena. Em segundo lugar, ele afirma que esta teoria não pode justificar a aplicação da pena ao criminoso ocasional, tendo em vista a inexistência de qualquer prognóstico de reincidência. Finalmente, questiona ao autor se a finalidade de correção estaria legitimada no Estado Democrático, ou seja, se seria possível a conformação da vida de uma minoria pelos conceitos da maioria. (ROXIN, 1976 *apud* SALVADOR NETTO, 2008, pp. 185-186)

No mesmo sentido, Juarez Tavares, em parecer acostado à medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347-DF, que julgou o sistema carcerário nacional, no “estado de coisa inconstitucional, dispõe:

Dessa forma, extraem-se acerca da variante negativa da prevenção especial, duas conclusões: em relação ao ambiente intramuros, a pena de prisão tem sua eficácia neutralizadora relativizada, uma vez que a reiterada ocorrência de delitos violentos demonstra o déficit empírico de eficácia do projeto preventivo especial, isto para não mencionar a notória e ramificada estrutura de corrupção e as mais distintas formas de negociações ilegais que existem em qualquer cadeia; quanto ao ambiente extramuros, sem desconsiderar o acerto da lição de Juarez Cirino dos Santos, convém observar que os efeitos do confinamento não podem ser tomados em conta apenas no que toca à estrita conduta do indivíduo encarcerado. O encarceramento produz outros efeitos no âmbito social, os quais podem corresponder à prática de outros delitos por parte do próprio encarcerado e de pessoas a ele vinculadas, ainda que fora do estabelecimento prisional. (STF. 2015. Relatoria Min. Marco Aurélio)¹⁴

São de grande importância às críticas/indagações trazidas por Roxin a respeito da prevenção especial negativa como um todo e quanto à adequação dela com a pena de prisão perpétua, como já foi exposto, a resposta é para a inadequação.

Por fim, os ideários de ressocializar, reeducar e reinserir têm ganhado bastante força nos ordenamentos contemporâneos, se tornando a finalidade principal das penas. Tal pensamento consolida o que se conhece por teoria de prevenção especial positiva, visando à prevenção da reincidência pela introdução e pelo reforço de valores ético-morais no agente delincente.

Atualmente, o Programa Político-Criminal da Escola Moderna é continuado sobretudo pela Sociedade Internacional de Defesa Social (“Société Internationale de Défense Sociale”), fundada em 1947 pelo italiano Filippo Gramatica. Sua corrente mais radical pretendia substituir o crime pela anti-socialidade, a culpa pela periculosidade e a pena pela medida de segurança M. Porém, hoje a direção da sociedade promovida por Marc Ancel (1902-1990) é decisiva, que reconhece o princípio da culpabilidade e responsabilidade da pessoa, mas que deseja dotar a Administração da Justiça Criminal de um espírito profundamente humanitário, para que sua função de restabelecer o preso à sociedade seja cumprida da melhor maneira possível, em colaboração com as modernas Ciências do ser humano (JESCHECK, 2002, p. 80)¹⁵ (Traduziu-se)

Desse modo, a empreita denominada de ideologias REEs está fundamentada em uma concepção de que o apenado sofre de desvio ou anomalia social e que o Estado deveria corrigi-

¹⁴ STF: ADPF 347 TPI-REF: direito constitucional e processual penal. Ilegitimidade ativa de amicus curiae para pleitear tutela provisória incidental em **arguição de descumprimento de preceito fundamental**. Referendo. Ampliação do objeto da causa principal e concessão de medida cautelar de ofício. Impossibilidade. Não referendo. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=ADPF%20347&sort=_score&sortBy=desc> Acesso em: 27/7/2021.

¹⁵ *Actualmente, el Programa político-criminal de la Escuela Moderna es continuado sobre todo por la Sociedad Internacional para la Defensa Social (“Société Internationale de Défense Sociale”) que fue fundada en el año 1947 por el italiano Filippo Gramatica. Su corriente más radical quiso sustituir al delito por la antisocialidad, la culpabilidad por la peligrosidad y la pena por la medida de seguridad M. Sin embargo, hoy en día es decisiva la dirección de la sociedad impulsada por Marc Ancel (1902-1990) que reconoce el principio de culpabilidad y la responsabilidad de la persona, pero que quiere dotar a la Administración de Justicia penal de un espíritu profundamente humanitario, de modo que pueda ser alcanzada de la mejor forma posible su función de restablecimiento dei reo a la sociedad, en colaboración con las modernas Ciencias del ser humano* (JESCHECK, 2002, p. 80)

lo por meio do sistema penal. Isso revela, mais uma vez, uma postura paternalista do Estado que simplifica o ser humano a um instrumento sob o pretexto de reabilitá-lo socialmente, pois é afastada a análise da vontade e da liberdade.

Segue uma lição de Paulo César Busato, também nesse sentido:

Daí que o discurso da pena se converte em falácia de “corrigir” ou “curar” o criminoso, tarefa já não exclusiva de juízes, mas distribuída entre sociólogos, psicólogos, psiquiatras e outros funcionários do sistema penal, todos encarregados da realização de uma espécie de *ortopedia moral*. A correção que compete à pena como função está relacionada às diferentes características pessoais dos sujeitos. Haverá a possibilidade, então, de vários modos de reagir. (BUSATO, 2013, p. 764)

Eugenio Raúl Zaffaroni entende de maneira semelhante. Veja-se:

Seguindo primeiramente o modelo moral e depois o médico-policia, tentou-se legitimar o poder punitivo atribuindo-lhe uma função positiva de melhoramento do próprio infrator. [...]

No plano teórico este discurso parte do pressuposto de que a pena é um *bem para quem a sofre*, de caráter moral ou psicofísico. [...] Se a pena é um bem para o condenado, sua medida será aquela necessária para realizar a ideologia *re* que for sustentada, e não precisará de outro limite. O delito seria somente um sintoma de inferioridade que mostraria ao estado a necessidade de aplicar o benéfico remédio social da pena. (ZAFFARONI, 2011, p. 126)

Jescheck, que concebe as outras funções de prevenção e até mesmo de retribuição como fins da pena, não deixa de considerar também a prevenção especial, tratando-a como um bem, na esteira do que é alinhavado nas citações antecedentes:

Assim, a pena sempre carrega consigo um acento negativo, ela também tem o caráter de um mal e, em última instância, deve ser capaz de servir ao bem do condenado. O mal inerente à pena consiste na ingerência voluntária na esfera jurídica do criminoso (liberdade, propriedade, tempo livre, consideração social), já que a desaprovação pública se expressa justamente pela pena em lesar a posição jurídica do culpado. A negação da má condição da pena não implicaria outra coisa senão a negação do próprio conceito criminoso. O sermão da montanha para pagar o mal com o bem (Matias 5, p. 44), só pode ser cumprido mediamente por coação estatal para que a pena seja aplicada apenas para a garantia das condições existenciais das pessoas, possibilitando este bom caminho. (JESCHECK, 2002, p. 70)¹⁶ (Traduziu-se)

Muito interessantes são as ponderações do mesmo autor em relação à pena, à medida de segurança e aos efeitos indesejáveis daquele que, cometendo um delito grave, já se encontre

¹⁶ *Así pues, la pena lleva consigo siempre un acento negativo, posee también el carácter de un mal y en última instancia debe poder servir para el bien del condenado. El mal inherente a la pena consiste en la intromisión voluntaria en la esfera jurídica del reo (libertad, patrimonio, tiempo libre, consideración social), ya que la desaprobación pública se expresa precisamente por la pena mediante el perjuicio de la posición jurídica del culpable. La negación de la condición de mal que reviste la pena no supondría otra cosa que la negación del concepto penal mismo. El sermón de la montaña de pagar lo malo con lo bueno (Matías 5, 44), únicamente puede ser cumplido mediamente por la coacción estatal de modo que la pena sea aplicada sólo para el aseguramiento de las condiciones existenciales de las personas, posibilitando de este modo el bien.* (JESCHECK, 2002, p. 70)

ressocializado ou daquele que comete o crime por um motivo nobre, não estando protegido por uma norma de justificação ou da reincidência em delitos leves.

Ao contrário, é censurável à prevenção especial em primeiro lugar que a pena, por conseguinte, seja substituída por medidas de segurança terapêutica, pois se a Administração da Justiça Criminal se preocupasse apenas com a ressocialização do infrator, a desaprovação ética do O fato inerente à pena faria tão pouco sentido quanto a desaprovação de uma doença. Além disso, em casos de fronteira, a prevenção especial leva a resultados que seriam insuportáveis para a consciência jurídica da comunidade. Por um lado, o autor de um crime grave que é descoberto anos depois perfeitamente integrado socialmente, como, por exemplo, o assassino de um campo de concentração integrado no sistema penal ou o marido que, para salvar a sua honra, esposa, cometeu falso testemunho, eles deveriam ficar completamente impunes porque em nenhum desses casos é necessária uma ressocialização; mas, por outro lado, o reincidente por um fato leve, mas sintomático de sua inclinação criminosa, deve ser submetido a uma medida de segurança profundamente terapêutica ou de garantia que em nenhum caso corresponderia à entidade do ato cometido. (JESCHECK, 2002, p. 71)¹⁷ (Traduziu-se)

Jescheck ainda expõem outras fraturas do sistema penal se a pena se baseasse, de fato, em ressocializar; indagações em relação à anterioridade de crime e sanção; se a pena pode mesmo reeducar adultos; e, finalmente, se o Estado, então, não deveria renunciar o castigo e se efetivar na assistência social:

Além disso, uma conseqüente prevenção especial deve conduzir a medidas pré-penais, visto que, deste ponto de vista, não se compreende porque é que o Estado deva aguardar a prática de um acto punível antes da sua intervenção preventiva. Por fim, nos deparamos com a grande questão de saber se a educação de adultos efetiva pode ser praticada na execução da pena ou se, na maioria dos casos, não seria melhor para a ressocialização do infrator que o Estado renunciasse à pena, e limitado à assistência social. (JESCHECK, 2002, pp. 80-81)¹⁸ (Traduziu-se)

Deve-se acrescentar que a estrutura penitenciária brasileira não se mostra adequada para o intento da ideologia de “re”, o que constituirá importante crítica ao seu desenvolvimento.

¹⁷ *Por el contrario, a la prevención especial le es objetable en primer lugar que la pena, consecuentemente, debería ser sustituida por medidas de seguridad terapêuticas, pues si en la Administración de Justicia penal sólo se tratara de la resocializar al delincuente, la desaprobación ética dei hecho inherente a la pena tendría tan poco sentido como la reprobación de una enfermedad. A dem ás, en casos fronterizos la prevención especial conduce a resultados que serían insoportables para la conciencia jurídica de la colectividad. Por una parte, el autor de un delito grave que es descubierto anos más tarde perfectamente integrado socialmente como, por ejemplo, el asesino de un campo de concentración integrado en un sistema criminal o el marido que para salvar el honor de su mujer ha cometido falso testimonio, deberían quedar completamente impunes pues en ninguno de estos casos se requiere una resocialización; pero, por otra parte, un delincuente reincidente a causa de un hecho leve pero sintomático de su inclinación criminal, debería ser sometido a una medida de seguridad profundamente terapêutica o de aseguramiento que en ningún caso se corresponderia con la entidad dei hecho cometido.* (JESCHECK, 2002, p. 71)

¹⁸ *Además, una prevención especial conseqüente debería conducir a medidas predelictuales, pues desde este punto de vista no se comprende por qué debe esperarse por parte dei Estado a la comisión de un hecho punible con anterioridad a su intervención preventiva. Finalmente, nos encontramos con el gran interrogante de si en la ejecución de la pena puede ser practicada una educación eficaz en adultos o si, en la mayoría de los casos, no sería mejor para la resocialización dei delincuente que el Estado renunciara al castigo y se limitara a la asistencia social.* (JESCHECK, 2002, pp. 80-81)

É insustentável a pretensão de melhorar mediante um poder que impõe a assunção de papéis conflitivos e que os fixa através de uma instituição deteriorante, na qual durante prolongado tempo toda a respectiva população é treinada reciprocamente em meio ao contínuo reclamo desses papéis. Eis uma impossibilidade estrutural não-solucionada pelo leque das ideologias **re**: ressocialização, reeducação, reinserção, repersonalização, reindividualização, reincorporação. (ZAFFARONI, 2013, p. 126)

E, ainda, conforme acentua Baratta (1999, p. 183), “os institutos de detenção produzem efeitos contrários à reeducação e à reinserção do condenado, e favoráveis à sua estável inserção na população criminosa” e “Justamente por não atender à função reeducadora e socializante da pena, a prisão perpétua tem sido proibida em diversos textos constitucionais.” (SILVA; LINO, 2012, p. 119.)

Além disso e no mesmo sentido, salta à atenção a ideia de que o cárcere possa prover aperfeiçoamento e benefícios quaisquer ao encarcerado, uma vez que, ao contrário do idealizado, a prisão degrada o apenado nas mais diversas formas. Senão, observe-se a lição de Eugenio Raúl Zaffaroni:

Os riscos de homicídio e suicídio em prisões são mais de dez vezes superiores aos da vida em liberdade, em meio a uma violenta realidade de motins, abusos sexuais, corrupção, carências médicas, alimentares e higiênicas, além de contaminações devido a infecções, algumas mortais, em quase 80% dos presos provisórios. Assim, a prisonização é feita para além da sentença, na forma de pena corporal e eventualmente de morte, o que leva ao paradoxo a impossibilidade estrutural da teoria. Quando uma instituição não cumpre sua função, por regra não deve ser empregada. Na realidade paradoxal do continente latino-americano, as penas não deveriam ser impostas se se mantivesse, coerentemente, a tese preventivista especial positiva. A circunstância de que sequer seja mencionada tal possibilidade prova que a prevenção especial não passa de um elemento do discurso. (ZAFFARONI, 2011, p. 128)

Ainda, quanto à instrumentalização do indivíduo, nesse caso, não se mostra como objeto somente para a consecução de finalidades externas do Estado, mas para o próprio indivíduo, o que vai ao arripio de Kant, uma vez que atribui ao indivíduo o estigma de anormal (e até doente, patológico) e, ao mesmo tempo, impõe tratamento.

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 de 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 coisas: sua personalidade inata o protege disso, ainda que possa ser condenado à perda de sua personalidade civil. (KANT, 2003, p. 177)

Embora o fim de prevenção especial positiva tenha ganhado muita relevância nas últimas décadas, se mostrando mais alinhada ao humanismo jurídico penal, a teoria traz algumas inconsistências em si, como a imposição de um bem a um indivíduo a seu contragosto, a incerteza da facticidade da reeducação do adulto, a inadequação do sistema carcerário

brasileiro para reeducar e da própria pena como instrumento de reeducação - deveria ser, então, uma medida educativa ou socioeducativa.

Mais acentuada é a contradição quando se trata da modalidade de pena, pena de prisão perpétua, com o fim da pena de prevenção geral especial positiva (reeducar, reinserir e ressocializar). A contradição absoluta se revela aqui, pois o cárcere é local de afastamento da sociedade geral, seja lá qual seja o fim da pena que se acredite, e a pena de prisão perpétua, portanto, representa o afastamento perpétuo da sociedade geral; enquanto que o reeducar é reeducar para a sociedade o reinserir na sociedade; e, por óbvio, o ressocializar é trazer de volta à sociedade. É tautológica a contradição da adoção de pena de prisão perpétua quando o fim da pena for de prevenção especial positiva.

2.3 DIREITOS INDIVIDUAIS E A PRISÃO PERPÉTUA

A gramática dos direitos individuais, centrados no conceito de liberdade, é um fenômeno da modernidade. Os antigos, com o instituto da escravidão, e os medievos, com a servidão, não poderiam conceber a liberdade do modo como os modernos empreenderam.

A trajetória conceitual da concepção de direitos individuais não foi absolutamente retilínea e sem obstáculos, mas é possível se visualizar um caráter progressivo mais geral a comandar seu percurso na modernidade, pois, das concepções absolutistas de poder, da estruturação do Antigo Regime, passou-se para o movimento iluminista e, nos dias atuais, para a centralidade dos direitos humanos.

Talvez, a primeira declaração mais direta, influenciada pelos ideais ingleses, como as teorias de Locke, por exemplo, tenha sido a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, seguida pelos ideais franceses que culminaram na Revolução Francesa, com a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, e, posteriormente, após a barbárie nazifascista, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em meados do século XX.

Mas, mesmo o caráter novidadeiro impresso na teoria lockiana sobre os direitos dos indivíduos não teria sido possível sem uma formulação anterior que inaugurou a nomenclatura contratualista. É Hobbes, autor do absolutismo soberano, quem, curiosamente, dá a largada para a trajetória dos direitos individuais na modernidade.

A teleologia dos direitos fundamentais de primeira dimensão – direitos e liberdades individuais – está na limitação do poder do Estado em relação aos seus súditos (inclusive do *ius puniendi*), e as bases teóricas para a essas limitações podem ser encontradas, de maneira notável, na teoria filosófica contratualista, talvez uma das maiores influências para a arquitetura

do Estado moderno. Nesse sentido, pode-se dizer que, enquanto esse movimento filosófico legitima a existência de um Estado por meio do acordo de vontade entre indivíduos, capaz de transferir ao ente os poderes jurídico e político, as mesmas bases teóricas acabam limitando o poder de atuação do Estado, principalmente por força dos direitos e das liberdades individuais.

Os arautos do pensamento iluminista advogam a transformação do Estado, partindo de duas idéias fundamentais. De um lado a afirmação da existência de direitos inerentes a codição humana, e de outro a elaboração jurídica do Estado como se tivesse origem em um contrato, no qual, ao constituir-se o Estado, os direitos humanos seriam respeitados e assegurados. Daí um direito penal vinculado a leis prévias e certas, limitadas na mínimo estritamente necessário, e **sem penas degradantes**. (LUIZI. 1991, p. 32) (grifou-se)

No mais, é possível notar - no que tange à limitação do poder soberano do Estado – que poderão ocorrer variações, em maior ou menor medida, conforme o filósofo analisado dentro da teoria contratualista. Mas, em seus principais expoentes, Hobbes, Locke e Rousseau, se construíram teoricamente os motivos pelos quais os homens se unem em sociedade, os quais também teorizaram sobre os motivos que levam à insurgência contra uma sociedade estabelecida.

Em Hobbes, por exemplo, que advoga pela criação de um “Leviatã”, que se justifica na necessidade de paz, segurança e fuga do medo, os direitos e liberdades são entregues ao Estado com a exceção apenas do direito de rebelião contra esse mesmo Estado, mas isso, unicamente no caso dele, não é suficientemente capaz de cumprir com a preservação da vida dos súditos.

De outra feita, John Locke funda a necessidade de criação de uma sociedade civil organizada na vontade dos indivíduos de preservar as suas propriedades. O direito de resistência contra a opressão tirânica aparece, como corolário lógico, quando governantes interferem demasiadamente na posse das propriedades dos indivíduos.

Rousseau, por outro lado, sustenta a formação do Estado na conveniência e nas facilidades que a vida em sociedade traz em relação ao estado de natureza.

Se esses autores não compartilham dos mesmos ideais políticos, o que os une e faz contemplá-los como contratualistas, é uma mesma sintaxe. Essa sintaxe corresponde à necessidade de basear as relações sociais e políticas em um instrumento de racionalização, o pacto, condição formal política e jurídica para a instituição do Estado.

Segundo Maria Papaterra Limongi:

A tese de que a origem da sociedade política está num contrato implica que a sociedade política é um artifício, isto é, uma forma de associação a que os homens não são conduzidos pelo movimento natural de suas paixões e na qual estão desde sempre inseridos de maneira espontânea ou irrefletida (como a família, por exemplo), mas uma comunidade que os homens resolvem instituir voluntariamente, a medida em que têm razões e motivos para isso. (LIMONGI, 2012, p. 98)

Uma das bases mais importantes de todas as teorias contratualistas é a ideia de indivíduo, pois é na modernidade que o individualismo, inclusive com a construção da ideia de sujeito, toma corpo de modo mais claro.

Segundo Celso Lafer, “O mundo moderno, como se sabe, configurou-se a partir de uma concepção individualista da sociedade e da história” (LAFER, 1991, p. 82).

A teorização da modernidade não partirá da *pólis* como uma comunidade de cidadãos livres e vivendo em comum, mas partirá do indivíduo como se ele fosse portador de direitos anteriores a sua própria sociabilidade. **É o indivíduo, e não a sociedade, que constitui o eixo fundante da reflexão política moderna.**

Nesse sentido, Alysson Mascaro afirma:

O que Aristóteles chamara de natureza humana, a natureza social do homem, o *zoon politikon*, os modernos inverterão, dizendo que, na verdade, a natureza humana é individual e a sociedade surge por contrato, ou seja, por mera deliberação de vontade, sendo, nesse caso, a vida social é um acidente, e não necessária. A filosofia moderna erigirá como base natural e necessária do homem, sua natureza individual. (MASCARO, 2006, p. 33)

Salienta-se que é dessa tensão entre os indivíduos resolverem criar uma sociedade civil e, ao mesmo tempo, serem os titulares da responsabilidade de inviabilizar a sociedade civil que o contratualismo se propõe. Em outras palavras, aos contratos sociais se antepõem, como antípodas, os direitos de resistência.

Começando por Hobbes, verifica-se que, na obra *Do Cidadão*, o filósofo se opõe à visão aristotélica que se assenta no homem social, o qual passará a ceder espaço ao homem individualista:

A maior parte daqueles que escreveram alguma coisa a propósito das repúblicas ou supõe, ou nos pede ou requer que acreditemos que o homem é uma criatura que nasce apta para a sociedade. Os gregos chamam-no *zoon politikon*; e sobre este alicerce eles erigem a doutrina da sociedade civil como se, para se preservar a paz e o governo da humanidade, nada mais fosse necessário do que os homens concordarem em firmar certas convenções e condições em comum, que eles próprios chamariam, então, leis. Axioma este que, embora acolhido pela maior parte, é contudo sem dúvida falso – um erro que procede de considerarmos a natureza humana muito superficialmente. (HOBBS, 2002, p. 25)

Nesse sentido, afirma Alysson Leandro Mascaro:

Se o fundamento do pensamento político de Aristóteles era o de considerar o homem um ser social, *zoon politikon*, e, portanto, por natureza tendente a um viver em conjunto com os demais homens, Hobbes inicia sua filosofia política de um ponto exatamente contrário: o indivíduo é a base de seu pensamento. Contra Aristóteles, Hobbes dirá que não é natural que cada homem tenha por fim a associação com outros homens. Se assim o é, a vida social se revela aos homens artificialmente. Somente um contrato, um pacto, enseja que os homens, que vivem em função de seus interesses pessoais, passem a viver em conjunto. (2018, p. 173)

Por sua vez, Yara Frateschi coloca a discordância de Hobbes ao axioma clássico da sociedade civil:

A crítica hobbesiana à teoria política tradicional opera por meio da substituição do princípio do *zoon politikon* pelo princípio do benefício próprio, que afirma que a natureza humana conduz, em primeiro lugar, à procura do que o homem considera bom para si mesmo, sendo todo o resto desejado no interesse desse fim. Inclui a comunidade política. [...] Segundo Hobbes, o axioma sobre o qual se erige a doutrina da sociedade civil tradicional (o homem é um animal político) é falso porque deriva de uma consideração superficial e equivocada da natureza humana”. (2008, p. 28 e 32.)

Em Thomas Hobbes, assim como em quase todos os demais contratualistas, será essencial o conceito de Estado de Natureza, ou Estado Natural do Homem, que é marcado por ser o período pré-social ou pré-estatal. Para Hobbes, o estado de natureza, graças a essa concepção não social do homem, oposta à de Aristóteles, e de extremo individualismo e egoísmo, seria um estado não seguro: “não haverá como negar que o estado natural dos homens, antes de ingressarem na vida social, não passava de guerra, e esta não é uma guerra qualquer, mas uma guerra de todos contra todos”. (HOBBS, 2002, p. 33), se insculpindo a célebre frase hobbesiana: “Para ser imparcial, ambos os ditos são certos – de que o homem é um deus para o homem e de que o homem é lobo do homem.” (HOBBS, 2002, p. 33) (grifou-se).

Mesmo assim, nessa condição desarmônica, ainda existiam leis a serem seguidas, tanto que, em *Do Cidadão*, Hobbes afirma a existência de leis que precedem a vida sob pacto social: define-se a lei da natureza.

Portanto, a verdadeira razão é uma lei certa, que (já que faz parte da natureza humana, tanto quanto qualquer outra faculdade ou afecção da mente) também é denominada natural. Por conseguinte, assim defino a lei da natureza: é o ditame da reta razão no tocante àquelas coisas que, na medida de nossas capacidades, devemos fazer, ou omitir, a fim de assegurar a conservação da vida e das partes de nosso corpo. (HOBBS, 2002, p. 38.)

No entanto, a concepção de direito natural do contratualismo de Hobbes, a exemplo da concepção de célula nuclear da sociedade, é divergente da concepção clássica, especialmente da aristotélica, consoante a explicação de Michel Villey:

O direito em Hobbes assim como em Aristóteles é inferido da natureza. Mas a concepção hobbesiana do estado de natureza, que inverte a noção de natureza de Aristóteles, em nenhum lugar expressa melhor que em Hobbes a oposição entre a ideia moderna de direito subjetivo e o direito da tradição clássica. [...] Para Aristóteles e sua linhagem, o direito era uma coisa, um objeto; a parte que corresponde a cada um. [...] No sistema de Hobbes é o contrário, porque, em seu estado de natureza não há justiça distributiva ou comutativa que a natureza nos prescreva. Hobbes infere o direito do sujeito; no seu sistema, o direito não é mais uma coisa distribuída ao sujeito, mas seu atributo essencial, uma qualidade do sujeito. [...] Tudo isso desaparece em Hobbes: já não há o meu e o teu segundo a natureza. No topo da ordem jurídica, só uma e única regra, a que proíbe violar os pactos. Mas essa própria regra deriva do direito natural do indivíduo. É este o novo rochedo sobre o qual Hobbes constrói sua política. [...] No entanto, essa lei natural não é uma lei jurídica. Embora funde a

relação que vincula os súditos ao soberano, é impossível extrair dela alguma das relações que deverão ser instituídas entre cidadãos. Dela não se deduz nenhuma regra de direito objetivo. Ela é exclusivamente moral. (VILLEY, 2005, p. 698, 699, 705 e 735)

Da distinção feita por Michel Villey do direito natural no peripatético e nos contratualistas, ambos em comento, evidencia-se outra grande inovação na filosofia política, operada pelo último e por outros autores dessa corrente, traduzida no conceito de direito subjetivo, o qual é intrínseco ao indivíduo. Em *O Leviatã*, Hobbes inicia sua empreitada sobre os direitos no direito natural: “As leis da natureza obrigam *in foro interno*, quer dizer, tornam impositivo o desejo de que sejam cumpridas; mas *in foro externo*, isto é, tornando impositivo o desejo de as colocar em prática, nem sempre obrigam”. (HOBBS, 2008, p. 136)

Esse direito natural, concebido na teoria hobbessiana, esbarra nos desejos humanos – que, repise-se: tem o homem como o lobo do homem -, que vão de encontro com as virtudes emanadas no primeiro. Nessa relação conflituosa entre as leis naturais e os desejos humanos, as leis naturais seriam ineficientes, se forem despidas de coercibilidade.

Porque as leis de natureza (como a justiça, a equidade, a modéstia, a piedade, ou em resumo, fazer aos outros o que queremos que nos façam) por si mesmas, na ausência do temor de algum poder que as faça ser respeitadas, são contrárias às nossas paixões naturais, as quais nos fazem tender para a parcialidade, o orgulho, a vingança e coisas semelhantes. E os pactos sem a espada não passam de palavras, sem força para dar segurança a ninguém. Portanto, apesar das leis de natureza (que cada um respeita quando tem vontade de as respeitar e quando o poder fazer com segurança), se não for instituído um poder suficientemente grande para a nossa segurança, cada um confiará, e poderá legitimamente confiar, apenas na sua própria força e capacidade, como proteção contra todos os outros. (HOBBS, 2008, p. 143)

Nessa senda, se faz necessário o Estado, com leis civis, dotadas de coercibilidade e que obriguem a todos.

O curioso, em Hobbes, é que existe a lei natural, mas ela não é vinculante. É só com a instituição do direito positivo, pela força do Estado, que os pactos têm necessariamente que ser cumpridos, sob o risco de punição institucionalizada.

O Estado, então, será pensado como um contrato de pessoas, mas essas pessoas são os indivíduos, e não uma outra sociedade mais precária, como a família.

A única maneira de instituir um tal poder comum, capaz de defendê-los das Isto é mais do que consentimento, ou concórdia, é uma verdadeira unidade de todos eles, numa só e mesma pessoa, **realizada por um pacto de cada homem com todos os homens, de um modo que é como se cada homem dissesse a cada homem: Cedo e transfiro meu direito de governar-me a mim mesmo a este homem, ou a esta assembleia de homens, com a condição de transferires a ele teu direito, autorizando de maneira semelhante todas as suas ações. Feito isto, à multidão assim unida numa só pessoa se chama Estado, em latim civitas.** É esta a geração daquele grande Leviatã, ou antes (para falar em termos mais reverentes) daquele Deus Mortal, ao qual devemos, abaixo do Deus Imortal, nossa paz e defesa. **Pois graças a esta autoridade que lhe é dada por cada indivíduo no Estado,** é-lhe conferido o uso de tamanho poder e força que o terror assim inspirado o torna capaz de conformar

as vontades de todos eles, no sentido da paz em seu próprio país, e ela ajuda mútua contra os inimigos estrangeiros. (HOBBS, 1974, pp. 109-110) (grifou-se)

É imperioso notar quem são os membros que estão formando o Leviatã. Deve-se atentar aos trechos destacados: “realizado por um pacto de cada homem com todos os homens” (HOBBS, 1974, p. 109). Ou seja, é cada homem, e não cada *pater* ou cada família que está formando o Estado. E outro trecho em destaque é: “pois graças a esta autoridade que é dada por cada indivíduo no Estado” (HOBBS, 1974, p. 110). Nesse excerto, reafirma-se que é cada indivíduo que está pactuando, e não cada família ou representante de cada família.

É importante ressaltar ainda que, mesmo assumindo que cidades e reinos foram formados pela junção de famílias, deslegitima-se essa reunião como aquela criadora do Estado – o pacto social.

Tal como então faziam as pequenas famílias, assim também fazem hoje as cidades e os reinos, que não são mais do que famílias maiores, para sua própria segurança ampliando seus domínios e, sob qualquer pretexto de perigo, de medo de invasão ou assistência que pode ser prestada aos invasores, legitimamente procuram o mais possível subjugar ou enfraquecer seus vizinhos, por meio da força ostensiva e de artifícios secretos, por falta de qualquer outra segurança; e em épocas futuras por tal são recordadas com honra. Não é a união de um pequeno número de homens que é capaz de oferecer essa segurança, porque quando os números são pequenos basta um pequeno aumento de um ou outro lado para tornar a vantagem da força suficientemente grande para garantir a vitória, constituindo, portanto, tal aumento um incitamento à invasão. A multidão que pode ser considerada suficiente para garantir nossa segurança não pode ser definida por um número exato, mas apenas por comparação com o inimigo que tememos, e é suficiente quando a superioridade do inimigo não é de importância tão visível e manifesta que baste para garantir a vitória, incitando-o a tomar a iniciativa da guerra. (HOBBS, 1974, pp. 107-108)

O contrato para Thomas Hobbes se funda na necessidade de segurança e, como demonstrado no trecho supra, a reunião de famílias e pequenos grupos, por mais expansiva que seja, nunca trará a mesma segurança almejada por seu contrato, por isso está deslegitimada a família a ser a célula criadora do Estado, mesmo que por meio da junção de muitas delas.

É comum se apontar John Locke como o fundador da doutrina política liberal. Tanto ele se opôs veementemente contra o absolutismo, como elaborou teoria em que o Estado deveria garantir os direitos individuais das pessoas (especialmente, a propriedade privada) e, também pugnou pela limitação dos poderes estatais no cumprimento de suas funções. Nessa construção teórica, os indivíduos têm direitos naturais inalienáveis; e o Estado tem o dever de os garantir.

De fato, a arquitetura política de Locke forneceu as bases teóricas do capitalismo pensado politicamente. Pode-se encontrar na sua teorização desde o direito à propriedade até o louvor ao mérito pelo esforço do trabalho pessoal.

Locke, na esteira do contratualismo inaugurado por Hobbes, utiliza, muitas vezes, palavras parecidas com as do autor absolutista, porém com significados diferentes. Isso ocorre

porque o contratualismo de Locke não leva a um absolutismo de um soberano, mas, sim, a uma sociedade de caráter liberal. Locke está ali nas origens da criação teórica do liberalismo. Segundo Grant:

A de Locke é uma teoria política liberal. Ele tenta atender a esses requisitos para a teoria política com um argumento que começa com a premissa da liberdade natural. A premissa da igualdade natural é idêntica à premissa da liberdade natural (GRANT, 1987, p. 200)¹⁹ (Traduziu-se)

Locke defende que, no estado de natureza, os homens são iguais e livres. Porém já dispõe de um direito natural sobre a propriedade privada, na medida em que podem coletar objetos do mundo e, principalmente, trabalhar, pois é o trabalho, na concepção do autor, que acaba dando o título de propriedade a seu executor. Segundo Locke: “67. A medida da propriedade, a natureza estabeleceu bem, pela extensão do trabalho masculino e a conveniência da vida” (LOCKE, 2003, p. 292)²⁰ (Traduziu-se)

O trabalho, na teoria da propriedade de Locke, não dá apenas o título de propriedade, inclusive, sobre as coisas apropriadas, mas, também, estabelece a diferença de valor entre os objetos dispostos no mundo.

Note-se, aqui, a diferença entre as teorias de Hobbes e Locke no que diz respeito à localização histórica hipotética da propriedade privada. Para Hobbes, no estado de natureza, todos os homens têm direito a todas as coisas, sem distinções. A propriedade de um bem só será possível com o advento do Estado e com seu respectivo direito positivo. Para Locke, no entanto, a própria lei da natureza define que existe direito de propriedade desde o estado de natureza. Mas, como é um estado mais inseguro e instável, os indivíduos decidem voluntariamente abrir mão da liberdade natural de se fazerem todas as coisas que se queiram para adentrar na sociedade civil, um regime em que o direito positivo pode reforçar o que já era de direito na natureza.

De qualquer modo, é interessante perceber que a igualdade inicial dos indivíduos no estado de natureza pode se transformar conceitualmente, de maneira rápida, em uma desigualdade material entre os homens.

¹⁹ *Locke's is a liberal political theory. He attempts to meet these requirements for political theory with an argument that begins with the premise of natural freedom. The premise of natural equality is identical to the premise of natural freedom* (GRANT, 1987, p. 200)

²⁰ “67. *The measure of Property, Nature has well set, by the extent of Mens Labour, and the conveniency of life*” (LOCKE, 2003, p. 292)

Segundo Rodrigo Suzuki Cintra, “A sociedade burguesa, ao tempo de Locke, precisava de uma teoria que professasse a igualdade formal natural, ao mesmo tempo em que justificasse naturalmente a desigualdade econômica”. (CINTRA, 2010, p. 71)

Em John Locke, o Estado também é criação humana, vindo o contrato social da conjugação de vontades de indivíduos isoladamente compreendidos, mas que têm o mesmo interesse de proteger seus bens contra os despossuídos:

95. A única maneira pela qual alguém se despoja de sua Liberdade Natural, e coloca os limites da Sociedade Civil é concordando com outros Homens em se alegrar e se unir em uma Comunidade, para sua vida confortável, segura e pacífica uns entre os outros, em um ambiente de seguro gozo de suas propriedades, e uma maior segurança contra qualquer que não faça parte dela. (LOCKE, 2003, pp. 330-331)²¹ (Traduziu-se)

Assim, um governo instituído só pode ser fruto das vontades individuais dos homens no estado de natureza. Locke, no *Primeiro Tratado sobre o Governo*, deixa claro que, nas instituições de governo, quem manda e quem obedece são fruto de acordos entre os homens e não se dão por uma instituição divina.

Segundo o autor, “Deus o coloca para trabalhar para viver e parece antes dar-lhe uma pá em suas mãos, para subjugar a terra, do que um cetro para governar sobre seus habitantes.” (LOCKE, 2003, p. 172)²² (Traduziu-se)

O ingresso na sociedade civil exige que cada indivíduo renuncie um poder executivo emanado da lei natural que se tinha no estado de natureza e se coloque tal poder nas mãos da comunidade. Este é o próprio ato de constituição de uma sociedade: a renúncia ao poder executivo da lei natural em face de um novo poder executivo público e institucionalizado.

Nota-se, nesse caso, que os indivíduos que vivem em estado de natureza já possuem um direito natural à propriedade e que suas diferentes capacidades para o trabalho também são responsáveis pelas diferentes quantidades e qualidades de bens que eles acumulam. Se na sociedade civil existem proprietários com mais riqueza do que simples despossuídos, essa realidade já existia na própria concepção de estado de natureza de Locke. E é justamente para a proteção da propriedade que a sociedade civil parece ser um acordo voluntário vantajoso.

²¹ “95. *The only way whereby any one devests himself of his Natural Liberty, and puts on the bounds os Civil Society is by agreeing with other Men to joyn and unite into a Community, for their comfortable, safe and peaceable living one amongst another, in a secure enjoyment of their properties, and a greater security against any that are not of it.*” (LOCKE, 2003, pp. 330-331)

²² “*God sets him to work for his living, and seems rather to give him a Spade into his hand, to subdue the earth, than a scepter to rule over its inhabitants.*” (LOCKE, 2003, p. 172)

Não por outro motivo, em uma sociedade civil constituída em que se apresente uma situação em que o governo, de algum modo, atrapalhe o usufruto dos bens dos proprietários, o autor defende a possibilidade de um verdadeiro direito de rebelião.

Esbulhar a propriedade é atentar contra a própria lei da natureza. Segundo Maria Papaterra Limongi:

Ou seja, a lei natural será, para Locke, um instrumento de limitação do poder político: cabe a ele executá-la e se de algum modo trair a confiança nele depositada, se agir contra a lei da natureza, deve ser destituído. Locke, portanto, usou da ideia de contrato para definir em termos completamente diferentes de Hobbes a relação entre poder civil e o direito. (LIMONGI, 2012, p. 113)

Nesse caso, não se trata de uma desobediência civil, mas de uma profunda contrariedade com o escopo de todas as sociedades. Os homens, como se voltassem a um estado de natureza, têm, nesse caso, a possibilidade de fazer o que Locke chama de direito de rebelião.

A respeito de Jean-Jacques Rousseau, inicia-se a análise com a obra *Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens*, tendo em vista que a reflexão filosófica apresenta uma natureza humana comum e boa para todas as pessoas (no estado natural), sendo o processo civilizatório ocorrido ao longo dos anos o fator determinante que possibilitou o surgimento de muitas desigualdades. Nesse sentido, o filósofo afirma que “só quando os examinamos de perto, só quando removemos o pó e a areia que cobrem o edifício, percebemos a sólida base sobre a qual se ergue e se aprende a respeitar os seus fundamentos” (ROUSSEAU, 1973, p. 237).

Igualmente, outro texto capaz de oferecer valiosos esclarecimentos em relação às ideias do filósofo foi publicado pela professora da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Marta Nunes da Costa, e intitulado *Os Dilemas de Rousseau: natureza humana, política e gênero em perspectiva* (2017), no qual a autora apresenta contribuições acerca das obras de Rousseau e sobre os dois princípios que são anteriores à razão, cujas interpretações são capazes de interferir sobremaneira na compreensão do indivíduo e do Estado atual.

Desse modo, um dos principais temas discutidos na obra de Jean-Jacques Rousseau e que interessam ao presente trabalho diz respeito à compreensão da natureza humana, tendo em vista que a análise do ser humano feita apenas a partir da sociedade configura – além de um critério mediato – uma referência mutável. É o que se esclarece, por exemplo, no seguinte excerto de Jean-Jacques Rousseau:

Como nada é menos estável entre os homens do que essas relações exteriores produzidas mais frequentemente pelo acaso do que pela sabedoria, e que chamam de fraqueza ou poder, riqueza ou pobreza – os estabelecimentos humanos parecem, à primeira vista, fundamentados em montões de areia movediça. Só quando os

examinamos de perto, só quando removemos o pó e a areia que cobrem o edifício, percebemos a sólida base sobre a qual se ergue e se aprende a respeitar os seus fundamentos. Ora, sem o estudo do homem e de suas faculdades naturais e de seus desenvolvimentos sucessivos, jamais se chegará a fazer essas distinções e, no estado atual das coisas, separar o que a vontade divina fez daquilo que a arte humana pretendeu fazer. (ROUSSEAU, 1973, p. 237).

Essa passagem demonstra a necessidade que Rousseau percebe em retirar dos estabelecimentos humanos (sociedade) os “montões de areia movediça” sobre os quais se fundamentam determinadas análises sociais, justo no sentido de que é preciso realizar o estudo do homem em suas faculdades naturais, a fim de se separar o que a “vontade divina fez daquilo que a arte humana pretendeu fazer” - ou seja: o filósofo menciona a necessidade de uma análise fundamentada em uma referência natural do ser humano, em detrimento dos estudos que se arrimam na sociedade (defectível). Ressalta-se, porém, que – para tanto – o filósofo não propõe o retorno ao estado de natureza como se fosse um verdadeiro regresso temporal ao estado primitivo, uma vez que isso consistiria em uma empreita impossível de ser realizada. O que Rousseau afirma, no entanto, é que:

Os filósofos que examinaram os fundamentos da sociedade sentiram todos a necessidade de voltar até o estado de natureza, mas nenhum deles chegou até lá. Uns não hesitaram em supor, no homem, nesse estado, a noção do justo e do injusto, sem preocuparem-se com mostrar que ele deveria ter essa noção, nem que ela lhe fosse útil. Outros falaram do direito natural que cada um tem, de conservar o que lhe pertence, sem explicar o que entendiam por pertencer. Outros dando inicialmente ao mais forte autoridade sobre o mais fraco, logo fizeram nascer o governo, sem se lembrarem do tempo que deveria decorrer antes que pudesse existir entre os homens o sentido das palavras autoridade e governo. Enfim, todos falando incessantemente de necessidade, avidez, opressão, desejo, e orgulho, transportaram para o estado de natureza ideias que tinham adquirido em sociedade; falavam do homem selvagem e descreviam o homem civil. (ROUSSEAU, 1973, pp. 241-242).

Assim, por meio das duas passagens colacionadas, percebe-se a importância de se fundamentar a análise do filósofo em uma ordem que não seja movediça (mutável) – como ocorre no caso da sociedade – bem como não cometer o equívoco metodológico em relação ao regresso (temporal) ao estado de natureza. No mais, na conjectura desse estado de natureza, o homem é descrito em uma condição que, inclusive, é anterior ao surgimento da razão e do pensamento, “tal como deve ter saído das mãos da natureza [...], fartando-se sob um carvalho, refrigerando-se no primeiro riacho, encontrando seu leito ao pé da mesma árvore que lhe forneceu o repasto e, assim, satisfazendo todas as suas necessidades” (ROUSSEAU, 1973, p. 244). Por esse motivo, percebe-se que a tese rousseauiana também apresenta o homem em um estado de natureza que é anterior à constituição da sociedade civil e, do mesmo modo que os contratualistas citados anteriormente, partirá do indivíduo (e não da família) como célula constituinte do Estado, como será verificado posteriormente. Nessa esteira, o filósofo expõe que:

O homem selvagem, abandonado pela natureza unicamente ao instinto, ou ainda, talvez, compensado do que lhe falta por faculdades capazes de a princípio supri-lo e depois elevá-lo muito acima disso, começará, pois, pelas funções puramente animais. Perceber e sentir será seu primeiro estado, que terá em comum com todos os outros animais; querer e não querer, desejar e temer, serão as primeiras e quase únicas operações de sua alma, até que novas circunstâncias nela determinem novos desenvolvimentos. (ROUSSEAU, 1973, p. 250).

A tese se fundamenta em um estado de natureza que abarca todos os indivíduos, indistintamente, os quais agem por força das paixões e impulsos naturais para os fins de autopreservação, sem a necessidade do pensamento e da atividade racional. Além disso, Rousseau é bastante claro quando sustenta que a racionalidade e o entendimento humano devem muito às paixões, uma vez que “é pela sua atividade que nossa razão se aperfeiçoa; só procuramos conhecer porque desejamos usufruir e é impossível conceber por que aquele, que não tem desejos ou temores, dar-se-ia a pena de raciocinar” (ROUSSEAU, 1973, p. 250). Como visto, trata-se de capacidades humanas individuais que surgem ao longo do processo histórico, por força das paixões e de acordo com as necessidades, obstáculos, circunstâncias e ocasiões desconhecidas que se apresentam na vida. Outrossim, para Marta Nunes da Costa, essa questão é de suma importância porque:

Em primeiro lugar, afirma que o aperfeiçoamento da razão deve-se às paixões; ou seja, que a subjetividade se constrói a partir do movimento impulsionado pelas paixões que induzem à busca de conhecimento e satisfação de necessidades. Em segundo lugar, no homem natural há uma coincidência entre desejo e necessidade física, o que sugere que o homem moral ou artificial vive cindido entre estas duas ordens – a capacidade de se aperfeiçoar manifesta-se no seu esplendor no âmbito desta cisão; é porque há um abismo entre o desejo e a satisfação imediata da necessidade que o homem se volta para o conhecimento. Em terceiro lugar, o momento que marca a transformação do homem natural e seu abandono da condição animal é a consciência da morte. O homem natural é o homem em que há total coincidência entre essência e existência, i.e., em que não há curiosidade nem surpresa. (2017, pp. 35-36).

Pelo exposto, importa demonstrar a influência das paixões em um movimento que impulsiona a subjetividade e a razão humana, ao mesmo tempo em que afasta a condição animal à qual todos pertenciam. No mais, ainda que o homem se encontrasse no estado de natureza, vivendo no processo e nas condições já mencionadas, outro aspecto bastante significativo pode ser encontrado no texto de Rousseau quanto ele explicita que “não é, pois, tanto o entendimento **quanto a qualidade de agente livre** possuída pelo homem que constitui, entre os animais, a distinção específica daquele” (ROUSSEAU, 1973, p. 249 – grifou-se).

Portanto, o processo delineado abarca um movimento que parte do estado de natureza do homem, e não da família; contempla paixões, sentimentos e desejos anteriores à razão; menciona a condição interativa entre o homem e a floresta, que é capaz de ensinar e alimentar (diante das necessidades e dos obstáculos) o entendimento humano; e ressalta a qualidade ímpar de agente livre que o diferencia dos outros animais. Por essa razão, “a natureza manda em todos

os animais, e a besta obedece. O homem sofre a mesma influência, mas considera-se livre para concordar ou resistir, e é sobretudo na consciência dessa liberdade que se mostra a espiritualidade de sua alma” (ROUSSEAU, 1973, p. 249). Por sua vez, esse ponto demonstra uma ruptura (cisão) entre a natureza e o homem, compreendido individualmente, assim como se lê no texto da professora do curso de filosofia da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Marta Nunes da Costa:

A liberdade traduz a consciência de si na condição de livre; um animal não é livre, porque ele não pode ir contra a ordem teleológica das coisas naturais; a pedra não é livre porque não é consciente; o homem é livre porque a) *é consciente de si como agente livre* e b) a prova dessa liberdade traduz-se na capacidade de resistir, de transformar, de alterar a ordem natural das coisas. Apenas com esta passagem podemos identificar um aspecto crucial na definição de liberdade de Rousseau, a saber, que a consciência de si como livre implica, ou equivale, à consciência de si como tendo ou sendo o “outro” da natureza; ou seja, a consciência da liberdade traz consigo a ruptura do mundo do homem natural em que este, pela primeira vez, vê a natureza como separada de si, e constrói um “eu” por oposição. O momento de separação é o momento de *queda*, de quebra da unidade originária, da existência tranquila e feliz, irreflexiva, irrefletida. O momento de separação é o momento em que o ser humano torna-se um ser *histórico*, situado no tempo e no espaço. (COSTA, 2017, p. 33).

Os caminhos traçados com base nas reflexões filosóficas de Rousseau e corroborados por Marta Nunes da Costa constituem uma referência firme e capaz de arrimar o pensamento a respeito da natureza humana e defender as ideias de liberdade e perfectibilidade, sendo que – a partir destas – do mesmo modo em que é possível caminhar rumo ao bem, também pode ocorrer o contrário, ou seja: a liberdade do indivíduo não se traduz sempre como boa sorte, com a qual se terá sempre o gozo, a felicidade, o prazer e a evolução. Diferentemente, a liberdade e a perfectibilidade são (em si mesmas) possibilidades de salto e queda, a sorte e o risco: em breves palavras, elas são, simultaneamente, a possibilidade do voo e da prisão (gaiola).

É nesse sentido que, no *Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens*, Rousseau argumenta sobre a igualdade natural e a origem comum dos seres humanos, partindo do indivíduo em si mesmo e demonstrando como a desigualdade ocorre no estado social. No mais, é importante lembrar que o filósofo pensa a própria razão como produto das transformações dos seres humanos no espaço e no tempo. Esse fato se evidencia quando ele afirma a existência de dois princípios com os quais os seres humanos se guiavam antes mesmo do surgimento da razão, sendo que um é relativo ao bem-estar e à conservação, e outro à repugnância natural em ver o sofrimento de outro ser sensível. Nesse sentido:

A adoção destes dois princípios como fios reguladores de pesquisa acerca da natureza humana permite ver sob um novo prisma as relações humanas do presente. Aquelas que parecem ser relações de poder e opressão não são ‘naturais’, mas sim ‘produzidas mais frequentemente pelo acaso. (COSTA, 2017, p. 25).

Acompanhando o pensamento de Jean-Jacques Rousseau e de Marta Nunes da Costa, verifica-se uma origem comum dos seres humanos e uma liberdade atribuída indistintamente a todos os indivíduos, por força da separação entre esses seres e a natureza. Por sua vez, essa ruptura pode ser pensada como o surgimento da consciência e da capacidade de resistir à própria natureza (liberdade). Tem-se, com isso, que a razão deve ser compreendida dentro de um processo histórico de todos os seres humanos, podendo ter aplicação positiva ou negativa. Por esse motivo, as relações humanas de poder e opressão – tal como foram mencionadas em relação ao período clássico em relação às divisões ocorridas dentro do seio familiar – devem ser entendidas como não naturais e produzidas no próprio corpo social. Igualmente, Marta Nunes corrobora essa posição, quando expõe que:

Seria um erro pensar que esta capacidade de se aperfeiçoar está associada a um progresso considerado exclusivamente no seu sentido positivo. Pelo contrário, a faculdade de se aperfeiçoar tem o potencial de ir contra si mesmo, o progresso tem em si tendências regressivas. Aqui, Rousseau antecede claramente o que viria a ser um dos temas clássicos da teoria crítica, a saber, a crítica à razão (instrumental) e a denúncia da dialética entre progresso e regressão na relação entre o homem e a natureza. Torna-se evidente, contudo, que a introdução da perfectibilidade rompe com a tranquilidade e repouso da condição original; ela traz consigo o movimento que, tornando o ser animal em ser racional, inaugura a época da(s) desigualdade(s). (COSTA, 2017, p. 34).

Com base nos trechos colacionados, o que se pretende destacar é que a supremacia da liberdade humana é entendida como a categoria única que define os seres humanos e inviabiliza a ossificação da essência humana, justamente pelo fato de que ela se consubstancia no “trabalho de resistência e oposição ao que é. A liberdade humana mostra que, se tivéssemos de definir natureza humana, seria apenas como movimento de escolha e resistência, com total responsabilidade pelo compromisso com o *dever ser*”. (COSTA, 2017, p. 40).

A importância dos referidos trechos se dá por duas razões: em primeiro lugar, por esclarecer que a ideia de liberdade afasta a concepção de uma essência humana ossificada. Em segundo lugar, porque a mesma ideia faz com que a responsabilidade pela situação atual recaia sobre os ombros da própria sociedade – do mesmo modo que em relação às situações e aos estados futuros. Isso significa, portanto, que é essa mesma liberdade que apresenta as condições necessárias para se ir contra o mundo que está dado neste momento (mundo que é), em um processo de construção à sociedade e ao mundo que se deve ser. Nesses termos:

A hora da salvação soará quando a forma coercitiva atual da sociedade for destruída e substituída pela forma livre da comunidade política e ética – uma comunidade na qual cada um obedece somente a vontade geral, que reconhece e aceita como sua própria vontade, ao invés de se submeter à voluntariedade de outros. Mas é inútil esperar que esta salvação se realize através de uma ajuda exterior. Nenhum Deus nos pode concedê-la; o homem deve se tornar seu próprio salvador e, nesse sentido ético, seu próprio criador. Na sua forma atual, a sociedade infligiu os ferimentos mais

profundos à humanidade; mas que somente a sociedade pode e deve curar esses ferimentos. O peso da responsabilidade recai sobre ela a partir de agora. [...] A solução de Rousseau ao problema da teodicéia, portanto, consistia em tirar de Deus o peso da responsabilidade e colocá-lo na sociedade humana. Se a sociedade não pode suportar esse peso, se não consegue realizar, através da responsabilidade livre, e que sua auto-determinação exige dela, ela é culpada. (CASSIRER, 1954, pp. 412-413).

No trecho anterior, Ernst Cassirer evidencia a posição do indivíduo enquanto formador da vontade geral, diferentemente do período clássico analisado anteriormente, no qual foi possível verificar a vontade geral a partir da família, do pater, e não da vontade livre de cada pessoa humana.

Muito mais do que procurar justificar o *status quo* social em uma vontade da própria natureza, o que se lê das últimas passagens é a ideia de um processo único e iniciado a partir dos indivíduos, que em uma relação com a natureza, por possuírem a qualidade de agentes livres, devem ser encarados como os próprios responsáveis pelas condições existentes e pelo futuro a ser construído. Do mesmo modo, muito mais do que defenderem a ideia de essências fixas, distintivas e imutáveis, esses trechos expõem a noção de uma essência única a todos os seres e aberta às transformações humanas a serem realizadas na sociedade e no mundo, com a consciência de que – dado à liberdade que caracteriza os indivíduos – são eles os próprios responsáveis pelo caminho a ser construído.

A racionalidade e a qualidade de agente livre são as características que, no texto *Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens*, coloca o indivíduo como figura central na formação da sociedade. De outra margem, no terceiro discurso de Rousseau, *O Contrato Social*, o autor trabalha especificamente a criação do Estado mas também a partir do indivíduo, e não da família, deixando ainda mais evidente a posição relativa à célula inicial da sociedade, como se observa:

Essa soma de forças só pode nascer do concurso de muitos; sendo, porém, a força e a liberdade de cada indivíduo os instrumentos primordiais de sua conservação, como poderia ele empenhá-los sem prejudicar e sem negligenciar os cuidados que a si mesmo deve? Essa dificuldade, reconduzindo ao meu assunto, poderá ser enunciada como segue (ROUSSEAU, 1973, p. 38).

A complexidade do contratualismo rousseauiano se assenta também na relação triádica e não progressiva da história, conforme demonstrado anteriormente. Portanto, sua teoria apresenta três momentos distintos, conforme explicam Bobbio e Bovero:

A posição de Rousseau é um pouco mais complexa, porque sua concepção do desenvolvimento histórico da humanidade não é diádica – estado de natureza ou estado civil –, como no caso dos escritores precedentes, onde o primeiro momento é negativo e o segundo positivo, mas triádica – estado de natureza, sociedade civil, república (fundada no contrato social) –, onde o momento negativo, que é o segundo, aparece colocado entre dois momentos positivos. (BOBBIO; BOVERO, 1991, p. 55.)

É bastante corrente a máxima atribuída a Rousseau de que o homem nasce bom, e a sociedade o corrompe. Tal pensamento certamente se adéqua ao pensamento do autor, entretanto a sociedade corruptiva que se apresenta na máxima é o segundo momento da tríade do contratualismo apresentado. Ela caracteriza a antítese do estado de natureza (esse bom) e constitui o momento negativo que será, posteriormente, sintetizado em um novo momento positivo da vida e da sociedade humana.

Para Rousseau, a civilização não poderia ser considerada o apogeu da vida humana, em oposição a uma vida natural primitiva. Pelo contrário, a civilização era culpada da degeneração da moral do homem natural. Em sociedade, o comportamento humano se altera, buscando ganhos e vantagens pessoais. A polidez, a educação e a etiqueta escondem o interesse pessoal por detrás da relação com os outros. Em sociedade, dá-se importância ao luxo, criam-se necessidades artificiais e os homens passam a ser escravos de tais caprichos. Aquilo que se pretende civilizado é uma máscara dos baixos interesses dos homens. (MASCARO, 2018, p. 193)

No que tange à alienação dos direitos que são plenos no Estado de natureza, traz uma completude de direitos que são retomados no estado civil, pois, quando todos os indivíduos se abstêm igualmente dos direitos, não se cria ônus a nenhum. Isso é o que afirma o autor:

Essas cláusulas, quando bem compreendidas, reduzem-se todas a uma só: a alienação total de cada associado, com todos os seus direitos, à comunidade toda, porque, em primeiro lugar, cada um dando-se completamente, a condição é igual para todos, e, sendo a condição igual para todos, ninguém se interessa por torná-la onerosa para os demais. (ROUSSEAU, 1973, p. 38)

Na mesma senda que Hobbes e Locke, já citados, ele admite a família como sociedade natural, mas assevera também a existência permanente de um Estado pela vontade dos indivíduos:

A mais antiga de todas as sociedades, e a única natural, é a família; ainda assim só se prendem os filhos ao pai enquanto dele necessitam para a própria conservação. Desde que tal necessidade cessa, desfaz-se o liame natural. Os filhos, isentos da obediência que devem ao pai, e este, isento dos cuidados que aos seus filhos, voltam todos a ser igualmente independentes. Se continuam unidos, já não é natural, mas voluntariamente, e a própria família só se mantém por convenção. (ROUSSEAU, 1973, p. 29)

É necessário, no entanto, relembrar o alerta feito nas palavras da professora Marta Nunes da Costa, no sentido de que o estado de natureza é um pensamento meramente especulativo, para aqui ir além: o próprio contrato social não é uma realidade ontológica, não se cogita ter existido uma data na qual os indivíduos se reuniram e decidiram pactuar o estudado nessas linhas. O que se faz é um esforço hipotético, no campo da epistemologia e da ética, para conceber uma teoria política em sua gênese.

Importa, outrossim, a visão da relação do indivíduo com o todo político, que, com Jean Jacques Rousseau, toma contornos mais democráticos, em que a obrigatoriedade das normas

do Estado se assenta no ponto de elas terem sido concebidas pelo corpo de cidadãos em uma vontade geral. Assim, o trecho de *O Contrato Social* dispõe que:

Se, pois, retirarmos do pacto social o que não é de sua essência, veremos que ele se reduz aos seguintes termos: Cada um de nós põe em comum sua pessoa e todo o seu poder sob a suprema direção da vontade geral; e recebemos, coletivamente, cada membro como parte indivisível do todo. Imediatamente, em vez da pessoa particular de cada contratante, esse ato de associação produz um corpo moral e coletivo composto de tantos membros quantos são os votos da assembleia, o qual recebe, por esse mesmo ato, sua unidade, seu eu comum, sua vida e sua vontade. (ROUSSEAU, 1973, p. 21).

Como visto, a formação da vontade geral da sociedade se dá a partir da vontade individual de cada cidadão, com o objetivo de constituir um Estado que, por meio da lei, legisla e orienta os integrantes rumo ao exercício efetivo da liberdade. Nesse sentido, é válido retomar que, na teoria contratualista de Rousseau, a natureza humana é maleável (mutável) e passível de transformações, as quais irão ocorrer por intermédio da legislação e de um corpo político pautado na vontade geral. Desse modo, o ordenamento e a legislação não configuram apenas como instrumentos formais, mas possuem também um conteúdo material que se direciona às transformações necessárias para a consecução da república. Nesse quadro, tem-se que a soberania popular ganha maior vulto, tendo em vista que o poder é essencialmente do povo e não chega nem a ser delegado, pois os eleitos se convertem em meros comissários:

A soberania não pode ser representada pela mesma razão que não pode ser alienada; consiste essencialmente na vontade geral, e a vontade não se representa: ou é a mesma, ou é outra – não existe meio-termo. Os deputados do povo não são, pois, nem podem ser os seus representantes; são simplesmente comissários, e nada podem concluir definitivamente. Toda lei que o povo não tenha ratificado diretamente é nula, não é uma lei (ROUSSEAU, 2016, p. 114, *apud* MASCARO, 2018, p. 114)

Percebe-se, assim, que, em Rousseau, o indivíduo é ainda mais central na concepção de Estado, sendo claramente compreendido como célula criadora e como portador de direitos, além de ser ele próprio o tomador de decisões, o que – como se viu – não se delegam nem mesmo a um legislador, que é mero comissário, e não representante, quanto menos a uma figura familiar como a do pater.

Ante o exposto, os autores aqui comentados demonstram que esse movimento filosófico de construção do indivíduo como a base de sustentação da sociedade permitiu, por meio de um processo gradativo, a construção de teorias que gestaram direitos e liberdades individuais para cada pessoa humana, e não para um grupo de pessoas, pois o antigo modelo levava à exclusão de alguns da plenitude de direitos, sendo apenas o *pater* o grande portador dos direitos, na ocasião concebidos como de todos.

A extensão de direitos a todas as pessoas indistintamente se consubstancia em um obstáculo à diferenciação que, durante séculos, desde a época clássica, ensejou o preconceito

racial, de sexo/gênero e etário. A virada filosófica que muda o entendimento quanto ao indivíduo em grande proporção se deve a esses pensadores que deram sustentação teórica à construção de diversos movimentos sociais, como a Revolução Francesa.

As grandes codificações do século XVIII e as declarações de direitos, que passam a reconhecer, de forma evidente, os direitos e liberdades individuais, em uma marcha mais firme para a igualdade, têm como concepção de indivíduo a construção filosófica advinda dessas ideias contratualistas.

É notável, como se pôde observar, que as mesmas bases individualistas que compõem as teorias contratualistas e inauguram as sociedades civis são, ao mesmo tempo, argumentos que limitam a capacidade do Estado de fazer qualquer coisa que bem quiser.

A modernidade também pode ser entendida como o espaço/tempo em que a oposição indivíduo X Estado se manifesta de maneira mais contraditória.

O movimento dos direitos fundamentais é essencial ao Estado contemporâneo/pós-moderno, sendo que os direitos fundamentais formam o conteúdo material das constituições atuais, inscrevendo direitos que são inclusive superiores aos anseios democráticos nas democracias.

Esses direitos foram conquistados com luta de classe, muito trabalho e até mesmo derramamento de sangue, assim como é regra para todas as demais ordens de direitos. O tempo das revoluções burguesas e outras muito próximas cronologicamente a elas são manjedouras dos direitos fundamentais. Nesse sentido, grande relevo tem a revolução francesa, uma vez que de seus ideários nascem as três primeiras dimensões de direitos fundamentais.

E, assim, cada uma das dimensões de direitos está atrelada a um dos ideários da Revolução Francesa: a primeira está atrelada à liberdade – liberdades individuais –, a segunda está atrelada à igualdade – direitos sociais – e a última está atrelada à fraternidade – relacionados ao desenvolvimento e ao progresso. Cada uma dessas fases tem seu grande valor histórico, mas, além disso, tem seu valor presente e atual, pois as dimensões de direitos não se substituem, mas se completam.

Entretanto, cada uma delas tem a sua própria forma de interpretação, uma vez que ciência sem método nada é; e direito sem interpretação, também.

Cada uma das três dimensões de direitos se atrela a um método de interpretação, e nelas se verifica a preponderância da atividade de um dos poderes do Estado. A primeira dimensão tem preponderância do poder legislativo (e tem a hermenêutica da mera subsunção do caso à lei); na segunda ganha destaque o poder executivo, com atuação ativa do governo na promoção social (a interpretação é mais valorativa que formal); e, por último, na terceira dimensão de

direitos fundamentais, se aflora como o grande poder do Estado o judiciário (com a interpretação mais jurídica do que legal, na qual o juiz passa a criar a própria norma com sua decisão).

É necessário, assim, evidenciar à qual dessas dimensões de direito pertence o direito penal para determinar qual forma de interpretação deve se seguir na tomada de decisões, a fim de atuar como instrumento de preservação do direito fundamental dentro do que propõe sua própria dimensão.

No século das luzes, impactos importantes atingem a filosofia, ao ponto de se gestarem diversas ciências a partir dessa, assim como a sociologia sob o signo de física social surge com Augusto Comte (1956), a filosofia do direito com Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1997) e o desenvolvimento da teoria geral do Estado se aflora em diversos autor como Charles-Louis de Secondat, barão de La Brède Montesquieu (1973).

As revoluções burguesas compõem tal época de ímpar efervescência. A Revolução Industrial, com seu modelo de produção, é fundamental para o positivismo e o método científico que gera a divisão e a autonomia de diversas ciências como as mencionadas no parágrafo antecedente. No campo da ciência política e na teoria geral do direito, a revolução francesa tem grande proeminência com seus postulados, “*liberté, égalité, fraternité*”, que são corolários, respectivamente, das três (ou, pelo menos, três primeiras) dimensões de direitos fundamentais.

É importante destacar que a Revolução Francesa é um movimento social dos trabalhadores e da burguesia contra o Estado absoluto, visando limitar esse Estado e seu governante que tudo podia. Sendo vencida a revolução pelos revolucionários e restando vencido o Estado, se coloca por meio da declaração de direitos, constituições e códigos a limitação ao poder tirânico estatal.

A primeira dimensão de direitos é, portanto, edificada com o fulcro na limitação do Estado (*liberté*), formando uma teoria do direito no Estado moderno e um constitucionalismo liberal. Nesse ponto, tem-se a divisão do direito público e do direito civil, os quais não se confundem. O direito público é voltado apenas às relações dos indivíduos com o Estado, enquanto a relação dos indivíduos entre si é regida pelo direito civil. Assim, se dá o início do movimento codificador, quando importantes constituições são apresentadas durante esse período, diversos códigos civis — verdadeiras constituições do direito privado — são escritos, e declarações internacionais são promulgadas. Merecem destaque o Código Civil francês de 1804, conhecido como Código Napoleônico, vigente até a data de apresentação deste trabalho (ano de 2021) e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789).

No entanto, o que não se pode perder de vista é que os direitos dessa primeira dimensão são direitos opostos ao Estado, e não direitos do Estado. Nesse sentido, o escólio de Paulo Bonavides:

Os direitos da primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado (...). São por igual direitos que valorizam primeiro o homem-singular, o homem das liberdades abstratas, o homem da sociedade mecanicista que compõe a chamada sociedade civil, da linguagem jurídica mais usual. (BONAVIDES, 2007, pp. 563-564)

E, ainda, nesse esteio, não se deve olvidar que a liberdade não era tão igualitária, a exemplo de como ocorrera na Grécia antiga, onde a expressão “todos os cidadãos” tinha o significado de homens livres. Na referida declaração, as mulheres ficaram às margens dos direitos. A *Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne* (1791), redigida por Olympe de Gouges, foi rejeitada pela Assembleia Nacional francesa em 18 de outubro de 1791, sob a alegação de que a Declaração de Direitos era de ordem pública, e a mulher pertencia à esfera privada.

Retomando a questão da primeira dimensão de direitos fundamentais, a exegese firmada é estritamente positivista e aos moldes da *Teoria Pura do Direito* (2009), de Hans Kelsen, na qual o magistrado é o juiz “*bouche de la loi*” (MONTESQUIEU, 1788) e está adstrito à subsunção. Tal exegese se mostrava de maior valor para o momento histórico; e o método positivo era o necessário, por ser imperiosa a aplicação fria da lei a fim de frear o Estado tirânico. Os direitos da dimensão primeira só podiam, e só podem, alcançar seu *myster* com tal ordem de interpretação.

O período da exegese é um período legalista, baseado no dogmatismo jurídico; o papel do juiz é eminentemente técnico; *dura lex sed lex*; a razoabilidade e a realização de uma justiça e a busca da verdade real não têm lugar nesse momento; o valor preponderante é o de segurança jurídica. Nesse sentido, Lenio Streck, considerando o neoconstitucionalismo, ensina que as questões sociais também não eram pautadas no positivismo:

Esse novo constitucionalismo – que aqui será denominado de neoconstitucionalismo –, além de proporcionar uma verdadeira revolução copernicana no plano da teoria do direito e do Estado, representa a real possibilidade de ruptura com o velho modelo de direito e de Estado (liberal-individualista, formal-burguês), a partir de uma perspectiva normativa e, por vezes, fortemente diretiva (especialmente em *terrae brasilis*), valendo lembrar, nesse sentido, a determinação constitucional, em textos constitucionais de Portugal, Espanha, Brasil, Colômbia, para citar apenas alguns, de efetivação dos direitos fundamentais-sociais. Ora, a tradição (compreendida no sentido estipulado por Gadamer) nos mostra que, definitivamente, não havia espaço para o mundo prático no positivismo. Não havia espaço para a discussão de conflitos sociais, que não eram “assunto” para o direito. Sendo mais específico: isso não era

pauta para a Constituição e, portanto, não era pauta para o direito. (STRECK, 2013. sp.)

Entretanto, as teorias positivistas não se resumem ao positivismo estrito de Hans Kelsen. No Brasil, o positivismo apresentou a melhor acabada teoria tridimensional, com Miguel Reale. Para o autor, é necessário que o direito seja compreendido em um tripé: o fato, o valor e a norma.

Equivocado seria, no pensamento de Reale, considerar o direito apenas como fato, pois este, sem norma, não tem juridicidade e, sem valor, seria compreensível apenas de forma causal, em que seriam dispensáveis os métodos exegéticos das ciências humanas e sociais, como se fosse possível compreender os objetos dessas com os métodos das ciências da natureza. Também enganado seria considerar o direito apenas como norma, mera técnica, despida de sentido humano dado – valor – e de aplicação em um fato. Por seu turno, o valor só pode ser aplicado a fatos e só é jurídico na relação com a norma.

A integração de três elementos na experiência jurídica (o axiológico, o fático e o técnico-formal) revela-nos a precariedade de qualquer compreensão do Direito isoladamente como fato, valor ou como norma, e, de maneira especial, o equívoco de uma compreensão do Direito como pura forma, suscetível de albergar, com total indiferença, as infinitas e conflitantes possibilidades dos interesses humanos. (REALE, 2002, p. 699)

Portanto, o que empreendeu o jurista é a compreensão do direito com esses três elementos sobrepostos, como três lentes que se alinham, a possibilitar o correto entendimento do direito.

Nada obstante os avanços trazidos por essa dimensão de direitos e sua exegese aparecem suas fraturas: a liberdade não trouxe a igualdade como mencionado antes e, então, a segunda dimensão de direitos surge. São direitos econômicos, sociais e culturais. Enquanto os primeiros foram conseguidos na luta da burguesia contra o Estado, esses são conquistados pelos desfavorecidos em relação à burguesia. É a fase executiva dos direitos (*Welfare State* ou Estado de Bem-Estar Social), em que o Estado deixa de se abster e passa a atuar positivamente para a realização da igualdade social:

Há um retorno à lógica aristotélica, em que se deve tratar os iguais com igualdade e os desiguais com desigualdade na medida de suas desigualdades. Além da atuação ativa do poder executivo, o poder judicante passa também a se preocupar com a igualdade, o que vai trazer uma aproximação da ética ao direito, compreendendo justiça como justiça social, com similitude à ideia de cidade justa de Platão.

A interpretação jurídica será alterada, portanto, pois, se no sistema formal aos moldes de uma teoria pura (KELSEN, 2009), o direito deveria se afastar de todas as demais ciências –

mesmo das humanas, sociais e sociais aplicadas –, aqui o intérprete da lei deverá consultar tais áreas do saber para identificar qual valor deve ser analisado junto à norma.

O protesto jusnaturalista de que há um desencontro entre direito e justiça no sistema juspositivista renova suas forças, visto que o mero cumprimento da norma já não serve; e a exegese da mera subsunção já não resolve. Tudo precisa ser interpretado em atenção à busca da justiça. Assim, a norma escrita mantém seu *status* de norma propriamente dita, mas carece de interpretação e de estar acordada com os parâmetros do justo e do ético.

Enfim, alcança-se, portanto, essa última fase da teoria política constitucionalista, na qual o valor insculpido nos princípios recebe um novo *status*, com aplicabilidade imediata e geradora de direito subjetivo. Especial importância entre eles tem o princípio da dignidade da pessoa humana.

No neoconstitucionalismo, todo o ordenamento passa a ser interpretado constitucionalmente, iluminado especialmente pelo princípio maior da dignidade humana como se disse e à luz do humanismo referido na teoria kantiana. Nessa esteira, a hermenêutica constitucional tem um curioso giro, inaugurando o entendimento de que a constituição e as leis não são normas propriamente ditas, mas apenas textos de normas que, junto com a facticidade, vão formar o caso concreto e, a partir da decisão emanada do órgão julgante, formará a norma propriamente dita, norma-decisão.

A tripartição de poderes de Montesquieu (1949) sofre um golpe, tendo em vista que – se a norma é dada em última análise pelo julgador – ela é elaborada pelo poder judiciário, e não pelo legislativo, tendo este papel apenas vestibular. Inescapável se torna a questão da legitimidade democrática do judiciário, uma vez que, no Brasil, os membros do judiciário não são eleitos, ou seja, não representam a expressão popular.

Chain Perelman (2000), com a teoria do auditório universal de intérprete, e Peter Habermas (1997), na sociedade aberta dos intérpretes, buscam resolver o problema da legitimidade democrática da norma-decisão, por meio da aceitação desta pela comunidade jurídica e pela sociedade como um todo.

É necessário sublinhar que a Constituição Federal e o judiciário têm importante papel de negar o apelo popular em determinadas ocasiões, função contramajoritária. Acima da vontade da maioria, estão os direitos e as garantias fundamentais, devendo os últimos limitar a primeira. Mas como um judiciário legiferante, que sustenta a validade de suas decisões (que são normas propriamente ditas), pode exercer papel contramajoritário?

Nesse sentido, expõe Guilherme Sandoval Góes:

Nesta caminhada, temos a convicção de que a progressiva aceitabilidade científica desse “admirável mundo novo da dogmática pós-positivista” perpassa, necessariamente, pelo aperfeiçoamento das construções teóricas envolvendo as concepções espaciais do conteúdo total dos direitos constitucionais. (...) Na verdade, este paradigma dual [núcleo essencial e reserva de ponderação] ainda não representa com fidelidade a dogmática pós-positivista, na medida em que é possível efetuar uma divisão tricotômica, acrescentando-se uma terceira macrorregião normativa que talvez fosse apropriado denominar de **parte metajurisprudencial**. Trata-se de um espaço normativo, dentro do qual o intérprete da Constituição vai reconhecer o poder discricionário do legislador/administrador democráticos. É uma zona normativa negativa com caráter meramente declaratório. De observar-se, por conseguinte, que a parte metajurisprudencial não consegue superar o déficit democrático do Poder Judiciário, ou seja, o Poder Judiciário não pode atuar como legislador positivo sob pena de violar o princípio da separação de poderes e da regra majoritária. (GÓES, 2007. pp. 125-129) (Grifou-se)

Mesmo assim, tal hermenêutica é reinante no nosso Supremo Tribunal Federal. Para isso, basta que se observe a decisão que, contra a letra expressa de lei, considerou a família a união de quaisquer pessoas, e não somente a de homem e mulher. E em outra importante decisão, permitiu o cumprimento antecipado da pena, quando o texto constitucional é claro no sentido de que o cumprimento da pena só pode se dar com a formação da culpa no trânsito em julgado da sentença penal.

A sociedade chegou ao terceiro milênio atrasada e com pressa, como afirma o ministro Luís Roberto Barroso:

O discurso acerca do Estado atravessou, ao longo do século XX, três fases distintas: a pré-modernidade (ou Estado liberal), a modernidade (ou Estado social) e a pós-modernidade (ou Estado neoliberal). A constatação inevitável, desconcertante, é que o Brasil chega à pós-modernidade sem ter conseguido ser liberal nem moderno. Herdeiros de uma tradição autoritária e populista, elitizada e excludente, seletiva entre amigos e inimigos – e não entre certo e errado, justo ou injusto –, mansa com os ricos e dura com os pobres, chegamos ao terceiro milênio atrasados e com pressa. (BARROSO, 2001. p. 5)

Vale-se da teoria da ponderação que Ronald Dworkin (2010) apresentou ao sistema da *common law* e do balanceamento que Robert Alexy apresentou ao sistema de *civil law* (2015). Nesse tocante, Lenio Streck critica a aplicação das teorias no judiciário brasileiro, apontando para suas aplicações despidas das técnicas que exigem:

19. *Lieber Weihnachtsmann* (Papai Noel em alemão), atenda esta prece: Que o juiz ou tribunal não decida conforme sua consciência, e, sim, a partir do direito. Aproveito para deixar aqui nesta preclara meia – pendurada nesta humilde árvore – o conceito de direito, caso o senhor necessite usar para atender este meu pedido: Direito é um conceito interpretativo e é aquilo que é emanado pelas instituições jurídicas, sendo que as questões a ele relativas encontram, necessariamente, respostas nas leis, nos princípios constitucionais, nos regulamentos e nos precedentes que tenham DNA constitucional, e não na vontade individual do aplicador (mesmo que seja o STF).
22. Que em 2014 sejamos poupados do uso de ponderações pelo Brasil afora. Papai Noel: como presente, quero que pergunte às renas ou a quem mais saiba e me responda (a mim e ao restante dos patuleus que colocam suas meias nas árvores natalinas): um importante jurista (bem importante), dia desses, usou o seguinte exemplo para explicar o que é a tal da ponderação. Eis o que ele disse, Santa Claus (está gravado): “um velho Opala desce uma ladeira e o motorista vê um velório passando lá na parte debaixo e

se percebe sem freio... então o motorista pensa ‘vou mirar no caixão’”. Isso é ponderar, escolher o menos pior... E digo eu, então: Caro Santa, onde estaria, aí, a regra adstrita de Direito Fundamental? Onde estão os passos da fórmula? Afinal, quem pondera é quem decide ou quem dirige o automóvel? O motorista é um “ponderador”? (STRECK, 2008, sp.)

De fato, tem se mostrado questionável a aplicação de tais teorias, mas a indagação que importa ao trabalho é qual teoria deve ser aplicada na interpretação das decisões penais e as decisões que tratam da dignidade humana.

Retoma-se, portanto, a seguinte questão:

Dimensões de direitos fundamentais: primeira dimensão, direitos políticos e aqueles ligados à liberdade, à propriedade e à segurança individual; segunda dimensão, direitos sociais, econômicos e culturais; terceira dimensão, os direitos de solidariedade ou fraternidade.

“*La liberté est le droit de faire tout ce que les lois permettent*” (MONTESQUIEU, 1973, p. 99). Montesquieu assinala o acertado sentido de liberdade de Estado, na medida em que se dá no espectro da lei. Sendo tratado ao lado da liberdade de contratar e de ter propriedade, a liberdade de não ser punido fora das regras do direito penal e do processo penal.

Dessa forma, o direito penal não se confunde com o *jus puniendi*, pois ele não é o direito de punir do Estado, mas é a limitação do poder de punir do Estado (ZAFFARONI *et al.* 2013). Alysson Leandro Mascaro (2012) assevera que, em realidade, só existe um direito penal propriamente dito após a época das revoluções burguesas e do capitalismo, justamente por estar contido entre aqueles direitos que foram conquistados pela burguesia ao cabo das revoluções, a serem aplicados contra o Estado, se engendrando, portanto, o direito penal no quadro dos direitos fundamentais da primeira dimensão.

Evidenciado está que o direito penal é direito da dimensão primeira, dimensão que teve a preponderância do poder legislativo, pois é a constituição e as leis que asseguram a liberdade em face do Estado. Ficou demonstrado ainda que a exegese positivista, o juiz *boche de loi*, é o sistema hermenêutico a possibilitar as conquistas advindas dessa primeira dimensão.

Trazem-se à baila, à guisa de reforço, as considerações da professora da Universidade Federal de Minas Gerais, Sheila Jorge Selim de Sales, na obra *Direito Penal Liberal em Montesquieu*, demonstrando a importância da lei para o autor:

Nos Estados despóticos, não existe lei. O juiz é ele mesmo a regra. Nos Estados monárquicos, existe uma lei: onde ela é precisa, o juiz a segue; onde ela não o é, o juiz procura seu espírito. Nos governos republicanos, é da natureza da constituição que os juizes sigam a letra da lei. Não há cidadão contra quem se possa interpretar uma lei, quando se trata de seus bens, sua honra ou sua vida (SALES, 2017, p. 40)

Nessa esteira, se revela impensável uma interpretação em direito penal que permita ao juiz legislar, uma vez que, na norma-decisão, estariam negados os princípios mais comezinhos

de direito penal v.g. estrita legalidade, anterioridade etc. Para Sheila Sales, aplicar a interpretação que dá ao juiz forjar a norma é tirania:

O mandante tem sua representação no órgão, Poder Legislativo. O Poder Legislativo não é, então, o titular do poder, o qual permanece com o povo. Apenas o seu exercício em nome do povo. Se outro órgão se arroga o poder de legislar, usurpa não só o exercício do Legislativo, mas a própria titularidade do poder do povo; então, é tirano. (SALES, 2017, p. 13)

Dizer que o direito penal precisa de uma abertura para interpretação e discricionariedade é esquecer que a própria ciência penal e o ordenamento penal nacional já fizeram isso. Veja-se:

Acentue-se que atualmente atribui-se ao juiz penal uma margem de discricionariedade penal e não arbítrio judicial; como exemplos, mencione-se a discricionariedade do juiz na fixação das penas, na aplicação das medidas de segurança, dentre tantos outros institutos que poderiam ser indicados (SALES, 2017, p. 44)

É possível ir além, visto que, dentro do ordenamento penal, nos tipos penais, há elementos normativos do tipo que vão exigir do magistrado interpretação e complementação da norma com elementos externos, oriundos de outra norma, da moral ou qualquer outra esfera do profano. No prefácio da citada obra de Sheila Jorge Selim de Sales, a autora alerta aos perigos da aproximação do *civil law* ao *common law*, que é o que se tem feito na adoção da teoria neoconstitucionalista. Escreve a referida autora:

É curial que um sistema de direito legislado adotado como princípio de uma ordem jurídico-positiva não pode se compadecer com um sistema de *common law* em que o costume prevalece sobre a lei. Nota-se que o sistema *common law* não nasce do arbítrio do julgador, mas do costume que é formalizado pela jurisprudência como regra do direito. Note-se mais que o sistema legislativo é o momento mais racional do direito. Esse princípio insito no sistema legislado resiste até mesmo a esse sistema, pois não pode ser derogado sem violação ao Direito que é mais do que a vã filosofia kelseniana pode entender (ressalve-se a sua contribuição a Teoria do Direito). (SALES, prefácio, 2017, p. 12)

Veja que se estabeleceu na melhor doutrina que se deve usar dimensões de direitos fundamentais, e não gerações. O que se deve atentar aqui é o que decorre disso. Ora, se for usado o termo dimensões, porque se sabe que os direitos fundamentais não são superados, mas complementados, é necessário respeitar cada dimensão de direitos. Isso inclui também respeitar o seu modelo respectivo de interpretação, pois um direito sem sua interpretação corresponde a uma ideia com palavras vazias.

Os direitos humanos fundamentais se dividem em ao menos três dimensões de direito; e isso ocorre, é claro, não à toa. Cada uma das suas dimensões traz ordens de direitos distintos, com fins diferentes e direcionados a relações diferentes (v.g. Estado x indivíduo; indivíduo x indivíduo). As dimensões de direitos não se substituem, mas se complementam, e é por isso que a melhor doutrina opta pelo termo dimensões de direitos (e não gerações de direitos).

Por esse motivo, em cada uma dessas dimensões de direitos, há preponderância de um dos poderes do Estado: legislativo (primeira dimensão), executivo (segunda dimensão) e judiciário (terceira dimensão). Há também uma hermenêutica própria dos julgadores, respectivamente: o juiz *boche de la loi*, o juiz que interpreta tudo valorativamente conforme o texto legal e constitucional e o juiz legislador que cria a norma com a sua própria decisão.

Como o presente texto não pretende rechaçar qualquer uma das guias interpretativas supracitadas, mas tão somente dar o conhecimento dessas atrelando-as aos direitos que dão causa e origem, o que se propõe é perceber que a legitimidade do modelo interpretativo está vinculada à dimensão de direito que se está protegendo no provimento jurisdicional.

Desse modo, o direito penal é direito de liberdade e, portanto, é direito de primeira dimensão. Como direito de primeira dimensão não é direito que pertence ao Estado, mas, ao contrário, constitui um direito que pertence à pessoa humana e se opõe ao Estado, limitando-o em seus arbítrios.

Como direito de primeira dimensão, ele deve ser interpretado de maneira positivista, pois, em direito penal, a forma é garantia, tendo suas próprias aberturas quando o caso requer. O valor no direito penal (fato, valor e norma) deve ser interpretado conforme o positivismo eclético de Miguel Reale, nos espaços que a própria ciência do direito penal determinou.

Dessa forma, as garantias penais devem ser respeitadas com o rigor da lei.

De outro modo, quando se trata de avanços em direitos humanos, a nova interpretação do “neoconstitucionalismo” pode ser de grande valia. A norma-decisão não pode suprir garantias legais, mas pode afastar a aplicação de normas que venham contra os direitos humanos e fundamentais.

Analisada a posição do direito penal dentro dos direitos fundamentais, considerando seu fundamento de direito do indivíduo dentro de um Estado soberano, como limitador deste em relação àquele, considerando ainda seu método interpretativo, passa-se ao estudo da soberania.

2.4 LIMITES À SOBERANIA

O principal engano que pode ocorrer no estudo da história do pensamento político é, de maneira curiosa, frequentemente cometido pelos próprios historiadores da política. Às vezes, para se apontar a origem de um conceito, os historiadores não resistem em traçar, de maneira erudita, toda uma arqueologia desse, remontando a um passado muito longínquo sua confecção, bem como a estruturação de fatos e ideias anteriores ao conceito que se pretende sublinhar, como se existissem, de algum modo embrionário, os germes do tema em questão antes da

própria noção que o conceito encerra. Esse é um modo de conceber a história do pensamento absolutamente consequencialista que, na ânsia de reconstruir um conceito importante, busca as mais variadas fontes e acaba por perder de vista o gatilho mais interessante na ordem histórica dos conceitos: a novidade inerente a sua enunciação.

Assim é que, no que diz respeito à ideia de soberania antes do absolutismo, talvez seja necessário começar por uma delimitação mais sustentável do ponto de vista lógico-histórico, sobretudo se se partir de uma visão exclusiva da ciência política e do direito: não existe, propriamente, soberania antes do absolutismo moderno. Tudo o que se tem são elementos, indispensáveis por certo, que auxiliaram a criar o modelo moderno de soberania, mas nenhum desses elementos pode explicar, justificar ou comprovar a soberania por si só. Nenhum fato histórico, argumento doutrinário filosófico, jurídico ou teológico anterior ao absolutismo é capaz de dar conta da soberania enquanto um problema de ciência política e jurídica, se bem que esses elementos podem auxiliar a compreender o conceito de soberania para a ciência da história. Em outras palavras, a formulação “a soberania antes do absolutismo” não é das mais exatas e, se pode causar impressão, certamente assim o faz por localizar historicamente e filosoficamente o conceito antes do momento em que o conceito realmente operou: talvez fosse muito mais vantajoso se falar em antecedentes históricos da moderna concepção de soberania.

A ideia de que a soberania é conceito que se inicia com o absolutismo respeita, como se sabe, a visão tradicional de que o seu primeiro teórico foi Jean Bodin, com *Os Seis Livros da República*. Mas, na verdade, acredita-se que a soberania se inicia com o absolutismo por outro motivo. Não se trata do fato de Bodin ter sido o primeiro a conceituar categoricamente a soberania, a dar os seus contornos teóricos mais precisos, o que situa a soberania como conceito que se desenvolve a partir do absolutismo, mas sim que é com o advento do absolutismo que o problema da justificação do poder do Estado como um poder separado e diferente de outros poderes se delineia de maneira mais precisa.

O que parece ser decisivo, portanto, é menos determinar uma data de nascimento para o conceito e mais localizar o momento em que ele aparece como resposta a um determinado problema histórico-político específico. No Estado da Antiguidade, desde a época mais remota até o fim do Império Romano, não se encontra qualquer noção que se assemelhe à soberania (DALLARI, 2012, p. 64).

No Livro I de *A Política*, de Aristóteles, pode-se encontrar a expressão “autarquia” (ARISTÓTELES, 2002). A origem etimológica da palavra aponta para a ideia de “governar para si mesmo”. Tal concepção, no entanto, não indica uma supremacia de poder, mas significa

apenas uma autossuficiência, a noção de que a *pólis* era capaz de suprir suas próprias necessidades sem a necessidade das demais.

Mesmo em Roma, os termos usados para designar o poder (*majestas, imperium e potestas*) apenas apontavam para a diferenciação do poder (civil ou militar), para a autoridade do magistrado ou para a potência e força do Império Romano. Nada diziam sobre a diferenciação entre um poder próprio do Estado e outros poderes em potencial de disputa.

Alguns historiadores negam que a soberania, enquanto um conceito, seja de autoria novidadeira de Bodin e sustentam que a categoria já aparece no período medieval. Raquel Kritsch, por exemplo, sustenta que o conceito de soberania conheceu uma longa gestação (KRITSCH, 2002). Entre bulas papais, decretos, textos filosóficos, jurídicos e teológicos, a ideia foi se construindo. O livro de Kritsch é um excelente estudo de história das ideias políticas e oferece menos um fio condutor contínuo por meio do qual a soberania foi se consolidando enquanto uma categoria específica e mais um mosaico de ideias que, sozinhas, talvez pouco indicassem, porém, colocadas em conjunto, fornecem um argumento sólido.

A tarefa, nesta parte da tese, será mostrar, sem a menor intenção de esgotar o tema, fascinante, por sinal, como uma conceituação de soberania pode ser interessante para se pensar, mesmo que de maneira polêmica, o poder dentro de um Estado e a decorrente relação desse Estado com organismos internacionais, como o Tribunal Penal Internacional, por exemplo. Assim, após breve delimitação de como o termo é usado na contemporaneidade, serão investigadas as construções de três autores diferentes, estrategicamente pensados na história das ideias políticas, que fazem a montagem da definição de soberania também de modo diverso: Bodin, Rousseau e Schmitt. E, em um sobrevoo da questão da constitucionalidade da pena perpétua (objeto do segundo capítulo), se refletirá como esses autores podem ajudar a questionar e pensar melhor a problemática da validade da pena perpétua para o ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo em face de sua possibilidade de aplicação *in abstracto* pelo TPI, tribunal ao qual o Brasil aderiu.

A soberania é elemento que está nas bases tanto da experiência como da teorização sobre o Estado Moderno. Nos manuais clássicos de Teoria Geral do Estado, figura, ao lado do território, do povo e da finalidade, como um dos elementos essenciais para a caracterização e formação de um Estado (DALLARI, 2012).

Nas modernas conceituações de soberania, parece ser justo admitir que se encontram duas facetas em suas formulações mais essenciais: política e jurídica. Porém, sempre está em jogo uma definição de poder.

Dallari destaca a soberania, enquanto categoria jurídica, como “o poder de decidir em última instância sobre a atributividade das normas” (DALLARI, 2012, p. 86).

Aponta ainda que, entre suas características, está o fato de ela ser una, indivisível, inalienável e imprescritível. E se tem por objeto sempre o controle sobre indivíduos, em sua faceta de termo relacionado ao poder, tem como significação tanto a independência de outros poderes (aspecto político) como a posição de ser o poder jurídico mais alto (aspecto jurídico) (DALLARI, 2012, p. 90).

Miguel Reale, por seu turno, em suas reflexões de caráter mais culturalista, define o conceito como: “o poder de organizar-se juridicamente e de fazer valer dentro de seu território a universalidade de suas decisões nos limites dos fins éticos de convivência” (REALE, 1960, p. 127).

Tal definição do nosso jusfilósofo, se por um lado ressalta, como não poderia deixar de ser, um atributo de maior poder decisório a quem detém o poder soberano, também aponta para uma limitação desse poder “nos limites dos fins éticos de convivência”, o que pareceria, em uma primeira leitura, o afastamento do poder que só se sustenta por ser de fato.

O *Dicionário de Política*, sob autoria, organização e cuidados de Norberto Bobbio, no entanto, parece definir o termo de um modo mais preciso, abrangente e operacional. Assim, ali se propõe:

O conceito político-jurídico de soberania indica o poder de mando em última instância numa sociedade política e, conseqüentemente, a diferença entre esta e as demais associações humanas em cuja organização não se encontra este poder supremo, exclusivo e não derivado. (BOBBIO, 1995, p. 1.179).

A definição parece demonstrar que o conceito de soberania é aquele que vai tentar fazer a operação de transformação do poder pela força em poder legítimo. Em outras palavras, legitimar que o poder que se exerce, de fato, é um poder de direito. E mais: o mais alto grau de poder em jogo.

A expressão “poder de mando em última instância” tem tanto contornos jurídicos como implicações políticas. As instâncias clássicas, conforme pensadas pela arquitetura de contenção de poder elaborada por Montesquieu, parecem estar presentes na afirmação. O “poder de mando em última instância” engloba a possibilidade de fazer as leis, julgar as condutas e executar atos que bem se queira.

Não é à toa que, em face à mundialização dos mecanismos de comunicação, à globalização do mercado e à internacionalização do direito, as instâncias de mando cada vez mais se estabelecem na ordem internacional. Tal realidade chama a atenção dos juristas e

cientistas políticos que, reiteradamente, relativizam a ideia de soberania como um elemento absoluto e vinculado à forma estatal. A própria fórmula Estado-nação, que operou durante toda a Idade Moderna, entra em crise com o advento das transformações globais nas comunicações, no mercado e no direito, pois, se a soberania era um atributo que designava o poder de mando absoluto e de última instância, a nova realidade fática parece transferir os mecanismos de poder e dominação para esferas internacionais. E os tratados, as convenções, os organismos, os acordos, as reciprocidades, as declarações e os tribunais internacionais, em suas operações, inevitavelmente parecem colocar em xeque a soberania como um atributo absoluto de um Estado-nação e começam a atribuir poderes de legislar e julgar para instâncias internacionais.

Mas, apesar dessa relativização que, na soberania absoluta estatal, começa a se delinear, os caminhos que a soberania, enquanto conceito que preenche os elementos constitutivos do Estado tomou na história, podem ser úteis para o delineamento de uma historiografia da ligação entre Estado-nação e direito internacional.

Bodin, por exemplo, nos *Seis Livros da República*, define a soberania no capítulo oitavo do primeiro livro, como: “A soberania é o poder absoluto e perpétuo de uma República” (BODIN, 2011, p. 195).

Tal definição deve ser entendida do seguinte modo. Como “poder absoluto”, a inexistência de qualquer poder, cargo, posição que lhe supere. E como “poder perpétuo”, a ideia de que a soberania não tem um tempo de duração que possa ser finalizado, ou seja, a sua continuidade transcorre ao longo do tempo. E não é novidade que Bodin utilizava a expressão “República” para designar o que hoje se circunscreve melhor pela palavra “Estado”.

Mas o próprio Bodin, que infere um caráter *ex parte principis* para o poder, alerta que existem limites para a soberania de um indivíduo: (1) as leis de Deus e da Natureza; e (2) certas leis humanas comuns a todos os povos. Tais limitações acabam por circunscrever o “exercício do poder soberano [...] em uma área bem definida: o direito positivo” (BARROS, 2011, p. 61).

Por meio do direito, certamente, a faceta mais clara do soberano transparece: fazer leis e julgar de acordo com elas.

Ocorre que, se a palavra “soberano” indicava apenas uma posição de proeminência, isto é, posição daquele que era superior em um bem definido sistema hierárquico, o que era mais evidente pelo fato de se ter apenas um mandatário nos contornos iniciais do absolutismo moderno, com o passar do tempo, a ideia começou a se transformar.

Foi Rousseau quem, por uma inversão do poder que transformava quem mandava em funcionário e o povo como mandatário, que operou a ideia de que a soberania não era de um

homem, mas sim um atributo da vontade geral. A transferência do poder da pessoa do governante para o povo é a própria soberania e a chave da política democrática de Rousseau.

Nesse autor, o poder se manifesta *ex parte populus*. A “vontade geral não é a vontade de todos”, mas, como uma “vontade moral”, é manifestação da própria ideia de soberania (BENJAMIN, 2015, p. 33).

Tudo se passa como se, segundo essa formulação, o “soberano fosse um poder coletivo” (BENJAMIN, 2015, p. 36). O atributo que era individual em Bodin, ainda que circunscrito ao direito positivo de um Estado, em que era absoluto e perpétuo, será em Rousseau o atributo próprio da vontade geral do povo como um todo. Percebe-se que o caráter democrático de tal formulação foi o responsável, no constitucionalismo moderno, pela ideia de que “todo poder emana do povo”.

É o próprio contrato social que constitui, para o filósofo, a soberania. “O contrato social constitui o soberano. Rousseau usa o termo “soberano” para indicar que a fonte de toda legitimidade está no povo em geral, em oposição ao monarca ou aos aristocratas ou a qualquer outro segmento” (BLOOM, 1987, 570)²³ (Traduziu-se)

E a soberania é a única fonte de legitimidade política: “Várias consequências decorrem do fato de que o soberano é a única fonte de legitimidade” (BLOOM, 1987, 570)²⁴ (Traduziu-se)

Mas é Carl Schmitt quem retoma o conceito no século XX, pois estava o termo pacificado até o momento e assegurado nas Constituições modernas.

Diferenciando o político do estatal, clamando que o político é anterior ao estatal (FILHO, 2014, p. 106), Schmitt reconduz a soberania ao ideal de força. Segundo o autor, “O conceito de Estado pressupõe o conceito de político. Segundo o uso corrente da linguagem, Estado é o status político de um povo organizado dentro de uma unidade territorial” (SCHMITT, 2009, p. 19).

Porém, o político:

Uma definição do conceito do político só pode ser obtida pela identificação e verificação das categorias especificamente políticas. Isso porque o político tem suas próprias categorias, as quais se tornam ativas perante os diversos domínios relativamente autônomos do pensamento da ação humana, especialmente o moral, o estético e o econômico. [...] A diferenciação especificamente política, à qual podem ser relacionadas as ações e os motivos políticos é a diferenciação entre *amigo e*

²³ No original: “*The social contract constitutes the sovereign. Rousseau uses the term “sovereign” to indicate that the source of all legitimacy is in the people at large as opposed to the monarch or the aristocrats or any other segment.*” (BLOOM In: STRAUSS, 1987, p. 570)

²⁴ No original: “*Several consequences follow from the fact that sovereign is the only source of legitimacy.*” (BLOOM, 1987, p. 570)

inimigo, fornecendo uma diferenciação conceitual no sentido de um critério, não como definição exaustiva ou expressão de conteúdo. (SCHMITT, 2009, p. 27)

A partir dessa concepção de política, Schmitt vai desatrelar a democracia da soberania, desconstruindo o pensamento de Rousseau. Para ele:

Em Carl Schmitt, a soberania é incompatível com a democracia (inclusive com a própria democracia de identidade) porque a necessidade de decidir ante os casos excepcionais não pode contar nem com a participação do povo, que só se projeta como tal quando está em condições de aclamar, nem como decisão fundamental plasmada na Constituição. (FILHO, 2014, p. 100).

Assim, para o autor, a soberania se transforma em um conceito-chave, essencial ao político mais do que ao estatal. É um conceito-limite porque pode ser, inclusive, a superação do direito positivo em jogo dentro de um Estado, se a ocasião assim o determinar, porque o soberano, para o autor, é “aquele que decide sobre o estado de exceção”.

O soberano em unidade volta ao jogo político, afastado que estava por Rousseau, e, em Schmitt, se propõe como a alternativa que vence a disputa *amigo/inimigo*. É nas horas mais extremas, da exceção, que a soberania se manifesta em verdade, e não na ordem constitucional em normalidade.

No que diz respeito aos argumentos que se defendem nessa tese, sobretudo a ineficiência (primeiro capítulo), a inaplicabilidade (segundo capítulo) e o desuso (terceiro capítulo) da pena de prisão perpétua, algumas questões destacadas pelos três filósofos-juristas aqui discutidos podem auxiliar a entender contornos do problema. Se, por um lado, decorrem mais de ilações, na medida em que esses autores não escreveram particularmente sobre a pena perpétua, certos aspectos de suas teorias bem nos dão o que pensar sobre o tema. Suas teorias, então, nesse caso, nada dizem diretamente sobre a prisão perpétua, mas servem de gatilhos para reflexões e ponderações sobre o tema.

Em Bodin, a questão que chama a atenção diz respeito à *hierarquia das leis*.

Bodin situava a soberania como um poder absoluto, por certo, porém, a circunscrevia ao direito positivo de um Estado. Nesse caso, as normas internas dispostas pelo soberano têm que necessariamente ser o mais alto grau de normatividade dentro de um Estado, sendo superiores a outras fontes hipotéticas normativas tanto internas quanto externas. Se o direito positivo expressamente impossibilita a prisão perpétua, como é o caso de nossa Constituição Federal, essa determinação seria hierarquicamente superior a qualquer possibilidade contrária. Sobretudo, se o caso é de uma contemplação da categoria prisão perpétua por um ente exterior ao direito interno, como seria o caso do TPI. É claro que Bodin não escreveu diretamente sobre o assunto, não era jurista internacionalista inclusive, mas, sua concepção taxativa do direito interno positivo como a formulação máxima da soberania, mesmo que de um só homem, chama

a atenção para qual ordem de normatividade deve ser superior na relação direito interno/internacional. Esse tema será melhor abordado quando se aproximar, mais à frente, das teorias de direito internacional.

Em Rousseau, o que cabe considerar é a *qualidade das leis*.

Não é pequena a influência desse pensador na formulação das modernas democracias. O autor, que inverteu a relação entre quem governa e quem é governado ao propor que o povo era o soberano, está presente em espírito no cerne do constitucionalismo moderno. Ocorre que a soberania, para Rousseau, é inerente à vontade geral, aquela manifestação popular que se configura nas leis que se devem respeitar. A Constituição, nesse sentido preciso, é a maior expressão popular da vontade geral. Ela é qualitativamente, segundo essa interpretação, superior tanto à jurisdição do TPI, por exemplo hipotético, como ao decreto brasileiro que fez a adesão ao TPI. A qualidade da norma constitucional, que, no caso, impede a prisão perpétua, por ser a própria figuração jurídica da soberania popular, deveria prevalecer sobre qualquer outra opção de normatividade que lhe fosse contrária, pois ela é a vontade geral do povo. Ela é a norma que está mais diretamente ligada à legitimidade soberana. Será tratado melhor dessa temática no próximo capítulo, no momento em que se analisará a constitucionalidade (lei qualitativamente superior) da entrega de nacionais para o TPI.

Em Schmitt, o pensamento se volta à *regularidade das leis*.

De fato, o estado de exceção é o momento apropriado para a manifestação da soberania para o autor. É ali, no limite entre o que é de direito e o que é o real, que o soberano decide sobre a exceção. Se, em um primeiro momento, percebe-se que essa teorização poderia levar a um soberano decidir exclusivamente e solitariamente sobre a pena de prisão perpétua, por outro lado, a ideia de exceção se mostra interessante ao se pensar em analogia ao direito brasileiro. As duas penas mais duras que existem, a pena de morte e a prisão perpétua, estão excluídas de ordenamento brasileiro (art. 5º, XLVIII, da Constituição Federal de 1988). Existe, no entanto, uma única hipótese de pena de morte, conforme o art. 84, XIX, da CF/1988, que trata do caso de o país estar em guerra. Por certo, a guerra é um estado de exceção. O curioso, aqui, é que nem mesmo em períodos de exceção, como na guerra, em estado de sítio ou em estado de defesa, se permite no país a pena perpétua. Pode-se dizer, com a prescrição da pena de morte no caso de guerra declarada, que a pena perpétua, no direito brasileiro, é mais proibida do que a pena mais dura que existe, a pena capital. A pena perpétua, no que diz respeito à regularidade da ordem normativa segue a mesma regra seja em períodos de normalidade jurídica seja em casos de instauração de um regime de exceção: é proibida completamente no Brasil.

Esses gatilhos para a compreensão da ineficiência, inaplicabilidade e desuso da pena perpétua, baseados em problemas relativos à hierarquia das leis (Bodin), à qualidade das leis (Rousseau) e à regularidade das leis (Schmitt), tornam a problemática mais sofisticada, porque inserem a questão da pena perpétua e sua localização normativa no Brasil na ordem de argumentos mais que jurídicos, mas políticos em essência e teoria. Ainda mais se for considerado que tanto se pode advogar que manter a inconstitucionalidade da prisão perpétua e a não consequente entrega de nacional ao TPI é manifestação de um poder soberano, quanto também se justificar a adesão voluntária a um tribunal internacional como uma expressão de soberania. Ambas as interpretações, que são evidentemente contrárias, utilizariam a ideia de soberania para sustentar suas posições.

A tarefa desta tese é sustentar argumentos que vão além da técnica jurídica, mas, também estejam antenados com as hipóteses de poder político em jogo. Isso fica mais evidente pela própria competência e pretensão para qual o TPI foi criado.

2.5 A INEFICÁCIA DA PRISÃO PERPÉTUA SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO PENAL

Aos 11 dias de fevereiro de 2020, Joe Ligon, após passar 68 anos preso em uma prisão americana, por uma condenação a pena de prisão perpétua, na adolescência, tem a sua liberdade recuperada. A imprensa mundial noticiou que “Joe Ligon tinha 15 anos quando foi preso por participar de uma série de roubos e agressões que provocaram a morte de dois idosos. Ele foi a pessoa mais velha nos EUA a ser detida na adolescência e também a que passou mais tempo presa.” (O GLOBO, 2021).

Nos EUA, como se sabe, há estados onde a maioria penal é de 15 anos. Retirado ainda menino da convivência familiar para o cárcere, “ele disse ao ‘The Philadelphia Inquirer’ que lamenta apenas que seus pais e seu irmão não possam vê-lo fora da cadeia, mas que não está triste”. (O GLOBO, 2021)

Após passar mais de meio século atrás das grades, ao sair, o agora senhor Joe Ligon estranhou o mundo que viu:

Apesar de estranhar a paisagem ao sair da Instituição Correccional Estadual Phoenix, especialmente os grandes prédios que nunca tinha visto de perto, ele acredita que vai se adaptar bem à vida do lado de fora, onde será acomodado temporariamente com uma família voluntária. Para isso, assistia a muitos noticiários na TV em sua cela e garante que acompanhava tudo que acontecia pelo mundo. (O GLOBO, 2021)

O jovem que entrou no cárcere em 1934 não é o mesmo senhor que saiu em 2020. Vários Joe Ligon diferentes foram punidos nesses 68 anos de prisão. Silvio Cunan (2016), baseado no

estudo do médico Erik Erikson (1980), *Identidad, juventud y crisis*, sustentou que, durante toda a vida, pôde se passar por até oito identidades diferentes. Segundo os parâmetros trazidos em seu artigo de Cunan, *Prisión perpetua y dignidad humana. Una reflexión tras la muerte de Manuel Contreras*” (2016),⁴ Ligon pelo erro do joven Joe – a adolescência abarcaria um período que iria aproximadamente entre os treze e os vinte e um anos (CUNAN, 2016, p. 16)²⁵.

Como foi visto no subitem 2.2, “Prisão perpétua e teorias da punição”, deste mesmo capítulo, a pena de prisão perpétua se mostra desajustada às finalidades da pena.

Em todo o período compreendido antes da Idade Moderna, a pena é marcada por um arcaico princípio de retribuição e se institui sobre o corpo do agente delitivo, as chamadas penas de caráter físico, como nos suplícios retratados por Michel Foucault. Assim, a justificação da pena está atrelada ao princípio de Talião, isto é, de olho por olho e dente por dente, em que aquele que quebra um osso terá seu osso também quebrado; aquele que cega um olho terá seu olho igualmente cegado. E, mesmo nos delitos que não têm como objeto material o corpo da vítima, a pena se aplicava sobre o corpo do réu a fim de se conectar ao cometimento do delito de alguma forma. Assim, por exemplo, ao ladão se cortava a mão. Nesses tempos, portanto, não havia fundamento para pena de prisão perpétua, bem como para a própria pena de prisão. Mais do que isso, como já registrado, a prisão como pena era raras vezes utilizada.

Já na modernidade, há um o novo fundamento ético-jurídico. Com Immanuel Kant e Georg Hegel, pois, a retribuição encontra justificação como imperativo moral e como desconstrução do mal provisório da pena – respectivamente. No entanto, nem mesmo nesse novo sentido filosófico da retribuição, a prisão perpétua logra êxito em se justificar.

Também nesses autores, o maior ganho da retribuição permanece sendo a proporcionalidade, pois a pena teria caráter de compensação. E, nesse ponto, a reprimenda perpétua desempenha mal a referida função.

Por conseguinte, Kant chega a sustentar a pena de morte, como no conhecido exemplo da ilha (KANT, 2003, pp. 178-179), mas, em momento algum, admite a pena de prisão perpétua. Paralelamente, com Hegel, a função de compensação tem ainda maior importância, sendo considerada uma compensação não necessariamente idêntica, mas simbólica. Em que pese a compensação não idêntica, o autor atribui aos delitos mais graves, como o homicídio, a pena de morte, e não a pena de prisão perpétua – nesse caso, melhor se relaciona o mal da pena com o mal do delito. E, assim, faz-se concluir que se se adotasse um fim meramente retributivo à pena, se admitiria até mesmo a pena de morte, mas não a pena de prisão perpétua.

²⁵ *Abarcaría un período que iría aproximadamente entre los trece y los veintiún años* (CUNAN, 2016, p. 16)

Nada obstante, Dirk van Zyl Smit e Catherine Appleton recordam uma curiosa posição de Beccaria, que se posiciona contra a pena de morte, mas sustenta a pena de servidão perpétua:

Notoriamente, Beccaria não queria apenas introduzir penas determinadas de prisão com termos claros e definidos para crimes bem definidos, mas também se opôs à pena de morte como uma forma desnecessária de crueldade em uma sociedade bem organizada. Ele permaneceu um herói dos abolicionistas da pena de morte desde então. No entanto, surpreende-se, desde logo, pelo paradoxo de que a abordagem de Beccaria à prisão perpétua é muito diferente daquela que ele adotou em relação a outras formas de prisão, incluindo, crucialmente, a pena de morte. Em uma passagem frequentemente citada em apoio à "servidão penal perpétua" como uma alternativa viável à pena de morte, Beccaria comentou que "não há quem, refletindo, opte pela perda total e permanente da própria liberdade, por mais vantajoso que seja o crime: portanto, a intensidade da servidão penal perpétua, substituída pela pena de morte, tem tudo o que é necessário para dissuadir até mesmo a mente mais determinada. Na verdade, eu diria que tem ainda mais: muitos homens olham para a morte com um olhar calmo e firme, alguns por fanatismo, alguns por vaidade. [...] Mas nem o fanatismo nem a vaidade sobrevivem algemados ou acorrentados, sob o porrete e o jugo, ou em uma gaiola de ferro, onde o homem desesperado descobre que suas aflições estão começando, e não terminando".²⁶ (SMIT; APPLETON, 2018, pp. 2-3) (traduziu-se).

A peculiar posição de Beccaria assume também um viés de prevenção, pois defende que tal punição teria maior nível de intimidação do que a pena de morte. E, nesse sentido, os próprios autores Smit e Appleton observam que a prisão com servidão perpétua já não tem lugar nos ordenamentos contemporâneos (SMIT; APPLETON, 2018).

Em arremate, ao fim de retribuição, cujo maior brilho reside na proporcionalidade que norteia o retribucionismo desde os tempos de Talião aos modernos Kant e Hegel, a pena de prisão perpétua se mostra desajustada e incapaz de desempenhar o caráter compensatório. Ao contrário, vê-se que a pena de morte exerce melhor a compensação simbólica do que a pena de vida.

Ainda, Dirk Smit e Catherine Appleton destacam a necessidade da reconsideração da proporcionalidade da pena:

A ideia de que uma punição merecida é uma punição proporcional à gravidade da ofensa remonta à antiga teoria penal da retribuição. No entanto, a preocupação com os direitos humanos fez com que a equação da proporcionalidade fosse questionada

²⁶ *Famously, Beccaria not only wanted to introduce determinate sentences of imprisonment with clear terms set for closely defined offenses but was also opposed to the death penalty as an unnecessary form of cruelty in a well-ordered society. He has remained a hero of death-penalty abolitionists ever since. However, one is immediately struck by the paradox that Beccaria's approach to life imprisonment is very different from that which he adopted toward other forms of imprisonment including, crucially, capital punishment. In an oft-cited passage in support of "perpetual penal servitude" as a viable alternative to the death penalty, Beccaria commented that there is no one who, upon reflection, would choose the total and permanent loss of his own liberty, no matter how advantageous a crime might be: therefore, the intensity of perpetual penal servitude, substituted for the death penalty, has all that is necessary to deter even the most determined mind. Indeed, I would say that it has even more: a great many men look upon death with a calm and steady gaze, some out of fanaticism, some out of vanity.... But neither fanaticism nor vanity survives in fetters or chains, under cudgel and the yoke, or in an iron cage, where the desperate man finds that his woes are beginning rather than ending.* (SMIT; APPLETON, 2018, pp. 2-3)

novamente. Uma orientação aos direitos humanos assim o faz: não apenas enfatizando a crueldade fundamental de uma punição como a pena de morte, que, se for para ser usada de todo modo, deve ser aplicado apenas às infrações mais graves, mas também aplicando o mesmo princípio da proporcionalidade à prisão em geral e à prisão perpétua, como a forma mais grave de prisão, prisão, em particular.

[...] O argumento da proporcionalidade contra tais penas é simples. Se as pessoas cumprirem muitos anos ou até mesmo a prisão perpétua por tal crime porque não foram consideradas "curadas" de sua tendência criminosa, a duração da punição seria grosseiramente desproporcional ao crime cometido e, portanto, infringiria seus direitos humanos.²⁷ (SMIT; APPLETON, pp. 16-17, 2018) (traduziu-se).

Em outra via, no que concerne ao fim de prevenção geral, melhor desenvolvido na doutrina mundial por Feuerbach como coação psicológica, seja na sua acepção de prevenção geral positiva ou negativa, somente hipoteticamente, a pena de prisão perpétua poderia se justificar, pois, na prática, dificilmente, encontram-se os efeitos esperados:

Para a prevenção geral (positiva e negativa), a prisão perpétua só pode ser justificada se for comprovado empiricamente que previne crimes. Essa formulação envolve dois problemas práticos. Por um lado, tal compatibilidade parece difícil porque a experiência mostra que continuam a ser cometidos crimes punidos por longos períodos com penas severas, o que torna difícil conciliar qualquer pena com a prevenção geral. E, por outro lado, é difícil saber se é a pena que gera o efeito preventivo ou se, pelo contrário, a maioria das pessoas não costuma cometer crimes não por medo de uma pena, mas por outros tipos de considerações éticas. Embora a prevenção geral não pareça encontrar impedimentos axiológicos para justificar e defender a prisão perpétua, parece difícil mostrar que essa sanção atinge os efeitos esperados. (CUNEO, 2016, p. 6)²⁸(Traduziu-se)

De outro modo, ainda que se tome por verdadeira a máxima de se aumentar a punição para se diminuir a taxa delitiva, também encontraria maior sentido aqui a pena de morte do que a perpétua. Ora, a pena de morte há de intimidar mais do que a pena de vida.

É necessário consignar, ainda, que a pena de prisão perpétua com trabalhos forçados, para alguns consequencialistas como Jeremy Bentham, se alinham àquele pensamento de

²⁷ *The idea that a deserved punishment is a punishment that is proportionate to the seriousness of the offense goes back to the long-established penal theory of retribution. However, a concern for human rights has led to the proportionality equation being questioned afresh. A human rights orientation does so: not only by stressing the fundamental cruelty of a punishment such as the sentence of death, which, if it is to be used at all, should be applied only to the most serious offenses, but also by applying the same principle of proportionality to imprisonment in general and to life imprisonment, as the most severe form of imprisonment, imprisonment, in particular.*

[...] *The proportionality argument against such sentences is simple. If persons serve many years or even a life term for such an offense because they are deemed not to be "cured" of their criminal tendency, the length of the punishment would be grossly disproportionate to the crime committed and would therefore infringe their human rights.* (SMIT; APPLETON, pp. 16-17, 2018)

²⁸ *Para la prevención general (positiva y negativa) la prisión perpetua se puede justificar sólo si se comprueba empíricamente que ésta previene delitos. Esta formulación choca con dos problemas prácticos. Por una parte, parece difícil dicha compatibilización porque la experiencia demuestra que crímenes castigados durante largos períodos de tiempo con penas severas se siguen cometiendo, lo que hace difícil conciliar cualquier pena con la prevención general. Y, por otro lado, resulta difícil saber si es la pena la que genera el efecto preventivo o si, más bien, la mayoría de las personas no suelen cometer delitos no por temor a una pena, sino por otro tipo de consideraciones de carácter ético. Si bien la prevención general no parece encontrar impedimentos axiológicos para justificar y defender la prisión perpetua, sí parece difícil demostrar que esta sanción consiga los efectos esperados.* (CUNEO, 2016, p. 6)

Beccaria, no sentido de que poderia representar maior intimidação do que a pena capital. Veja-se:

Assim, Jeremy Bentham observou em 1841 que "a contemplação da prisão perpétua, acompanhada de trabalhos forçados e confinamento solitário ocasional, produziria uma impressão mais profunda na mente das pessoas em quem é mais eminentemente desejável que a impressão deva ser produzida, do que a própria a morte em si." ²⁹ (SMIT; APPLETON, p. 3, 2018) (traduziu-se).

Mas, como mencionado há pouco, a prisão perpétua com trabalho forçado já está completamente abandonada. Nesse giro de caráter utilitário que reveste a prevenção geral, em uma análise de ganhos e perdas, conforme uma lógica econômica, a pena de prisão perpétua que já não comporta o trabalho forçado não representa para o apenado um custo relevantemente maior do que a pena de 30 anos de prisão.

Nesse esteio, não é diferente a conclusão na lógica de preservação do sistema de Günther Jakobs (2009). Para ele, as penas muito rígidas se destinam aos inimigos – os infieis ao sistema e os terroristas (JAKOBS, 2018) – e, portanto, se se admite tal postulado de seu funcionalismo sistêmico de um direito penal para o cidadão e guerra ao inimigo, tem-se que ao inimigo se destina a morte, e não o cárcere perpétuo.

Ao se analisar a finalidade de prevenção especial negativa, observou-se que a pena de prisão não se demonstra capaz de inocuizar o condenado, uma vez que não evita o cometimento de delitos, sendo o sistema penitenciário um local de elevadíssimos índices delitivos, tanto em relação a delitos cometidos dentro do cárcere, quanto fora dele.

Hoje, além disso, vários crimes são cometidos de dentro das prisões contra a comunidade livre, por exemplo, golpes por telefone, falsificação de moeda, tráfico de drogas, etc. Da mesma forma, grupos do crime organizado, máfias e narcotraficantes costumam recrutar seus soldados nas prisões, os quais, uma vez livres e por falta de outras oportunidades, entram rapidamente nas fileiras desses grupos organizados. Nessas circunstâncias, parece quimérico afirmar que a privação de liberdade significa que o preso não cometerá crimes. (CUNEO, 2016, p. 7-8)³⁰ (Traduziu-se)

A realidade dá conta de que o aprisionamento incrementa o número de delitos ao invés de reduzi-los. Assim, diversamente de proteger a sociedade de delitos, a prisão perpétua a tem

²⁹ Thus Jeremy Bentham remarked in 1841 that "the contemplation of perpetual imprisonment, accompanied with hard labour and occasional solitary confinement, would produce a deeper impression on the minds of persons in whom it is more eminently desirable that the impression should be produced, than even death itself." (SMIT; APPLETON, 2018, p. 3)

³⁰ Hoy, además, se cometen múltiples delitos desde dentro de las cárceles hacia la comunidad libre, por ejemplo, estafas telefónicas, falsificación de moneda, tráfico de drogas, etc. Asimismo, grupos de crimen organizado, máfias y narcotraficantes, suelen reclutar a sus soldados en las prisiones, los que, una vez libres, y por falta de otras oportunidades, entran rápidamente a las filas de estos grupos organizados. En estas circunstancias parece quimérico afirmar que la privación de libertad significa que el interno no cometerá delitos. (CUNEO, 2016, p. 7-8)

exposto a maior número de crimes, motivo pelo qual a pena de prisão perpétua também não é exitosa em realizar o fim de prevenção especial negativa.

Por fim, a prevenção especial positiva também não pode reconhecer, na pena de prisão perpétua, uma modalidade de punição a se justificar, porque nessa finalidade o desajuste se mostra ainda mais evidente. Isso porque a reeducação, a reinserção e a ressocialização devem se dar para a sociedade, por óbvio, mas aquele que está sentenciado a passar o restante da vida aprisionado não será devolvido à sociedade, padecendo de sentido reeducar, reinserir e ressocializar.

Dirk van Zyl Smit e Catherine Appleton trazem à luz a preocupação das leis carcerárias modernas com a reabilitação:

Uma preocupação central da lei carcerária moderna é a questão de quais princípios positivos devem determinar como os prisioneiros condenados devem ser tratados. Embora a teoria dos direitos dos prisioneiros tenha deixado claro que eles não devem ser punidos a não ser pela perda da liberdade, há algo mais que deve ser feito por eles? A abordagem dos Estados Unidos na década de 1970, com seu profundo ceticismo sobre a reabilitação, parecia sugerir que não havia muito a ser feito além de insistir, com base nos direitos humanos, que todos os prisioneiros fossem detidos humanamente. O propósito da prisão preocupou os principais teóricos penais europeus, como Horst Schüler-Springorum e Constantijn Kelk, nas décadas de 1960 e 1970. Seu trabalho se baseava em uma visão ampla dos direitos humanos, que incluía o reconhecimento dos direitos socioeconômicos que exigiam que o Estado provenha a todos os meios para se engajarem plenamente na vida em uma sociedade livre. Concluíram que as autoridades também tinham o dever de oferecer aos prisioneiros os meios para isso. Eles descreveram isso como um direito à reabilitação social, que era o termo usado no Artigo 10 (3) do PIDCP, ou ressocialização, como é denominado na penologia alemã. Em 1973, o Tribunal Constitucional Federal Alemão endossou essa visão e determinou que o direito à ressocialização poderia ser encontrado nos princípios dos direitos humanos que são estabelecidos na Grundgesetz alemã, a Lei Básica que forma a declaração de direitos na constituição alemã moderna.³¹ (SMIT; APPLETON, pp. 21-22, 2018) (traduziu-se).

Os referidos autores registram ainda que a preocupação com a readaptação é ainda maior entre os latino-americanos:

Muitos países latino-americanos foram ainda mais longe, argumentando que, uma vez que o Artigo 5 (6) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos estabelece que

³¹ *A core concern of modern prison law is the question of what positive principles should determine how sentenced prisoners should be treated. While prisoners' rights theory has made it clear that they should not be punished other than by the loss of liberty, is there anything else that has to be done for them? The US approach of the 1970s, with its profound skepticism about rehabilitation, seemed to suggest that not much could be done beyond insisting, on human rights grounds, that all prisoners be contained humanely. The purpose of imprisonment preoccupied leading European penal theorists, such as Horst Schüler-Springorum and Constantijn Kelk, in the 1960s and 1970s. Their work was based on an expansive view of human rights, which included the recognition of socioeconomic rights that required the state to provide everyone with the means to engage fully in life in a free society. They concluded that the authorities had a duty also to offer prisoners the means eventually to do so. They described this as a right to social rehabilitation, which was the term used in Article 10(3) of the ICCPR, or resocialization, as it is termed in German penology. In 1973, the German Federal Constitutional Court endorsed this view and ruled that the right to resocialization could be found in the human rights principles that are set out in the German Grundgesetz, the Basic Law that forms the bill of rights in the modern German constitution. (SMIT; APPLETON, pp. 21-22, 2018)*

“punições que consistam em privação de liberdade terão como objetivo essencial a reforma e readaptação social do prisioneiros”, a prisão perpétua deveria ser totalmente proibida com base em que mina os direitos humanos dos infratores ao negar-lhes a oportunidade de se reabilitarem.⁷⁷ A ideia dominante na Europa, América Latina e alguns outros países que adotaram sua jurisprudência, como assim como no direito internacional dos direitos humanos, que a reabilitação social é um direito e um conceito progressivo, também quando aplicado à prisão perpétua, entretanto, não é universal. É certamente o oposto das idéias nos Estados Unidos da década de 1970, quando a reabilitação era vista de forma negativa, como um dispositivo para obrigar os prisioneiros a fazerem ou permitir que coisas fossem feitas contra sua vontade. (SMIT; APPLETON, pp. 21-22, 2018)³² (traduziu-se)

Mais do que isso, o debate sobre a pena de prisão perpétua vive, no século XX, não só das questões atinentes aos fins da pena, mas também pautado na racionalização do encarceramento e nos direitos humanos. Nesse sentido, Dirk van Zyl Smit e Catherine Appleton, em sua obra “Life Imprisonment”, lecionam:

Ao mesmo tempo, embora o otimismo reabilitador do final do século XIX e do início do século XX nos Estados Unidos se desvanecesse na década de 1970, os ideais de improvisação humana continuam a desempenhar um papel nos debates sobre a prisão perpétua em todo o mundo. Para entender esses desenvolvimentos complexos, precisamos discutir o impacto do movimento de direitos humanos nos debates sobre punição em geral, antes de considerar a prisão perpétua em particular. Embora as teorias da punição diretamente relevantes para a prisão perpétua tenham permanecido surpreendentemente estáveis desde o século XVIII, o mesmo não pode ser dito sobre o clima intelectual mais amplo em que são articuladas e aplicadas para avaliar formas particulares de sentença e punição. O desenvolvimento mais dramático nesse sentido desde o final da Segunda Guerra Mundial foi a crescente atenção dada aos padrões de direitos humanos. Cada vez mais, eles estão consagrados em instrumentos jurídicos internacionais e nacionais obrigatórios e devem ser aplicados a todas as ações do Estado, incluindo a imposição e implementação de punições. (SMIT; APPLETON, p. 11, 2018)³³ (Traduziu-se)

No encerramento do trabalho de grande fôlego a respeito da pena de vida, Dirk Smit e Catherine Appleton concluem pela necessidade de se repensar a pena de prisão perpétua, sugerindo o abandono total de tal modalidade de aprisionamento:

³² *Many Latin American countries have gone even further, arguing that, since Article 5(6) of the American Convention on Human Rights provides that “[p]unishments consisting of deprivation of liberty shall have as an essential aim the reform and social readaptation of the prisoners,” life imprisonment should be outlawed completely on the grounds that it undermines the human rights of offenders by denying them the opportunity to rehabilitate themselves.⁷⁷ The dominant idea in Europe, Latin America, and some other countries that have adopted their jurisprudence, as well as in international human rights law, that social rehabilitation is both a right and a progressive concept, also when applied to life imprisonment, is not universal, however. It is certainly the opposite of the ideas in the United States of the 1970s, when rehabilitation was seen negatively, as a device to compel prisoners to do things or to allow things to be done to them against their will. (SMIT, pp. 21-22, 2018)*

³³ *At the same time, although the rehabilitative optimism of the late nineteenth and early twentieth centuries in the United States faded in the 1970s, ideals of human improvability continue to play a part in life imprisonment debates around the world. To understand these complex developments, we need to discuss the impact of the human rights movement on debates about punishment in general, before considering life imprisonment in particular. While the theories of punishment directly relevant to life imprisonment have remained surprisingly stable since the eighteenth century, the same cannot be said for the wider intellectual climate within which they are articulated and applied to evaluating particular forms of sentencing and punishment. The most dramatic development in this regard since the end of the Second World War has been the growing attention paid to human rights standards. Increasingly, they are enshrined in binding international and national legal instruments and are to be applied to all state actions, including the imposition and implementation of punishment. (SMIT; APPLETON, p. 11, 2018)*

Nossas conclusões sobre o encarceramento perpétuo nos desafiam a repensar seu lugar como sanção penal, à luz de suas inúmeras deficiências quando julgado à luz dos padrões dos direitos humanos. [...] enfrentamos a prisão perpétua sem liberdade condicional (LWOP), a forma mais severa da prisão perpétua, e argumentamos que ela nunca poderá atender aos padrões fundamentais de direitos humanos. Em seguida, perguntamos se a abolição da prisão perpétua não seria uma solução simples para todas as críticas que podem ser feitas, não apenas contra LWOP, mas também contra a prisão perpétua em geral. Descrevemos como poderia ser um sistema de prisão perpétua em conformidade com os direitos humanos. Finalmente, consideramos como uma ênfase renovada no reconhecimento dos padrões de direitos humanos internacionalmente poderia levar à abolição da LWOP, à redução do uso geral da prisão perpétua e até mesmo à sua eventual abolição.³⁴ (SMIT; APPLETON, p. 297, 2018) (Traduziu-se).

Com razão, defendem tais autores que a dignidade da pessoa humana *per si* já deva ser suficiente para desconstituir o fundamento da pena perpétua.

A implicação é que qualquer punição que infrinja fundamentalmente a dignidade humana é inaceitável, independentemente das virtudes que possa ser percebida no contexto da justiça criminal. A dignidade humana tornou-se cada vez mais a base para rejeitar a pena de morte, uma vez que destrói a vida humana, na qual se baseia toda dignidade. A questão de relevância específica para LWOP é se ter que abandonar a esperança de viver em uma sociedade livre é uma negação fundamental da dignidade humana. A resposta é que os efeitos negativos de uma forma específica de punição não precisam ser tão drásticos quanto a extinção deliberada da vida humana para serem considerados uma violação fundamental da dignidade humana. Deve, entretanto, haver dano à essência da humanidade da pessoa em questão. (SMIT, p. 298, 2018)³⁵ (Traduziu-se).

Parece, de fato, ter razão o amplo e sério trabalho desenvolvido por Dirk Van Zyl Smit e Catherine Appleton: a pena de prisão perpétua se mostra desatualizada, ineficaz em relação aos fins de pena e na contramão dos direitos humanos e de um direito penal garantista.

Quanto aos fins de retribuição, prevenção geral positiva e negativa e de prevenção especial negativa, a pena de morte responderia muito melhor do que a pena de prisão perpétua. A utilização da pena de prisão perpétua tem se justificado, portanto, no seu caráter substitutivo à pena de morte, que seria mais cruel e inumana.

³⁴ *OUR FINDINGS on life imprisonment challenge us to rethink its place as a penal sanction, in light of its many shortcomings when judged against standards of human rights. [...] we confront life imprisonment without parole (LWOP), the harshest form of life imprisonment, and argue that it can never meet fundamental standards of human rights. We then ask whether the abolition of life imprisonment would not be a simple solution to all the criticism that can be brought, not only against LWOP, but also against life imprisonment generally. We describe what a system of life imprisonment that was compliant with human rights could look like. Finally, we consider how a renewed emphasis on the recognition of human rights standards internationally could lead to the abolition of LWOP, the reduction in the overall use of life imprisonment, and even its eventual abolition.* (SMIT; APPLETON, p. 297, 2018)

³⁵ *The implication is that any punishment that fundamentally infringes human dignity is unacceptable, no matter what virtues it may be perceived to have within a criminal justice context. Human dignity has increasingly become the basis for rejecting capital punishment, since it destroys human life, on which all dignity is based. The question of specific relevance to LWOP is whether having to abandon the hope of living in free society is a fundamental denial of human dignity. The answer is that the negative effects of a specific form of punishment do not have to be as drastic as the deliberate extinction of human life to qualify as a fundamental infringement of human dignity. There must, however, be damage to the essence of the humanity of the person concerned.* (SMIT, p. 298, 2018).

O abandono à pena de morte se deu em razão do princípio da humanidade das penas, que permeia o Iluminismo e se reforça no período pós-segunda guerra. Entretanto, abolir a pena de morte é o suficiente para se atingir a humanidade das penas?

3. A PENA DE PRISÃO PERPÉTUA NO BRASIL

A Constituição Federal vigente no Estado brasileiro é bastante categórica em negar a possibilidade de qualquer pena que tenha caráter perpétuo. Há, na Constituição, a autorização para a pena de morte, em casos excepcionalíssimos, como o de guerra internacional, o que não ocorre com a pena de prisão perpétua.

Assim, ao menos formalmente, o encarceramento vitalício é proibido. De outra sorte, no ano de 2019, a reforma operada pelo pacote anticrime (lei n.º 13.964/2019) elevou a pena máxima no país de 30 para 40 anos de prisão, o que, para o estudo “*Life Imprisonment*”, utilizado no capítulo anterior, se revela como pena perpétua, de fato, qualquer pena acima de 35 anos, que se reveste de perpetuidade (SMIT; APPLETON, 2018).

Destarte, na história do país, essa sanção já encontrou previsão legal e constitucional. Assim, mostra-se necessário perscrutar o itinerário dessa pena *in terras brasilis*.

3.1 HISTÓRICO DA PRISÃO PERPÉTUA NO BRASIL

No Brasil Império, as legislações que vigoraram foram as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, que, apesar das durezas das penas trazidas nas ordenações, como pena de morte e castigos físicos, não consta nelas a pena de prisão perpétua. Encontra-se, entretanto, a pena de degredo³⁶ perpétuo. Nas Ordenações Afonsinas, não se tinha a precisão de pena de prisão perpétua, embora existisse o degredo perpétuo (EIRA, s.a).

A Constituição Federal de 1824 (Brasil Império), assim como a de 1891 (Brasil República), nada dizia sobre a pena de prisão perpétua, não sendo, portanto, proibida.

Em seguida, foi a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934 a primeira Carta Magna a vedar a sanção perpétua, tal disposição prevista no inciso 29, do seu artigo 113:

Art. 113 A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

29) Não haverá pena de banimento, morte, confisco ou de caráter perpétuo, ressalvadas, quanto à pena de morte, as disposições da legislação militar, em tempo de guerra com país estrangeiro.

³⁶ Trata-se de pena de desterro ou exílio imposta judicialmente, em caráter excepcional, como punição de um crime grave, constituindo uma forma de banimento.

No mesmo sentido, a supressão foi mantida nas Cartas de 1937 (que deu uma base legal à ditadura de Getúlio Vargas), 1946 (aprovada após a redemocratização) e 1967 (que institucionalizou o regime militar).

Em 1969, a emenda constitucional n.º 1 estabeleceu, em seu artigo 153, § 11º, a possibilidade de pena de morte, de prisão perpétua, de banimento ou de confisco no caso de guerra externa, *verbis*:

§ 11. Não haverá pena de morte, de prisão perpétua, de banimento, ou confisco, salvo nos casos de guerra externa, psicológica adversa, ou revolucionária ou subversiva, no termos que a lei determinar. Esta disporá, também, sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário, ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício do cargo, função ou emprego na Administração Pública, direta ou indireta.

Posteriormente, a prisão perpétua foi novamente abolida pela emenda constitucional n.º 11, aprovada em 13 de outubro de 1978, mas que só passou a vigorar no dia 1º de janeiro de 1979. A emenda alterou o dispositivo supra colacionado, que, a partir de então, passou a constar da seguinte forma:

§ 11 Não haverá pena de morte, de prisão perpétua, nem de banimento. Quanto à pena de morte, fica ressalvada a legislação penal aplicável em caso de guerra externa. A lei disporá sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário ou no caso de enriquecimento no exercício de função pública.

Do mesmo modo, a Constituição Federal de 1988 trouxe, em seu artigo 5º, a vedação completa à pena de prisão perpétua: “XLVII - não haverá penas: (...) b) de caráter perpétuo;”.

No que toca aos códigos penais, o Brasil só viu viger três diplomas legais: o Código Criminal do Império de 1830; o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil (República Velha), de 1890; e, o mais recente, o Código Penal de 1940.

O Código Penal de 1830 previa a pena de prisão perpétua como sanção para diversos tipos penais. Eram punidos com pena de prisão perpétua os indicados pelos artigos 50, 68, 71, 85, 87, 110 e 131³⁷. Nota-se, por isso, a possibilidade de aplicação de prisão perpétua para o

³⁷ Art. 50 A pena de banimento privará para sempre os réos dos direitos de cidadão brasileiro, e os inibirá perpetuamente de habitar o territorio do Imperio. Os banidos, que voltarem ao territorio do Imperio, serão condemnados á prisão perpetua. Art. 68. Tentar directamente, e por factos, destruir a independencia ou a integridade do Imperio. Penas - de prisão com trabalho por cinco a quinze annos. Se o crime se consummar. Penas - de prisão perpetua com trabalho no gráo maximo; prisão com trabalho por vinte annos no medio; e por dez no minimo. Art. 71. Auxiliar alguma nação inimiga a fazer a guerra, ou a commetter hostilidades contra o Imperio, fornecendo-lhe gente, armas, dinheiro, munições, ou embarcações. Penas - de prisão perpetua com trabalho no gráo maximo; por quinze annos no médio; e por oito no minimo. Art. 85. Tentar directamente, e por factos, destruir a Constituição Política do Imperio, ou a fórmula do Governo estabelecida. Penas - de prisão com trabalho por cinco a quinze annos. Se o crime se consummar. Penas - de prisão perpetua com trabalho no gráo maximo; prisão com trabalho por vinte annos no médio; e por dez annos no minimo. Art. 87. Tentar directamente, e por factos, destronizar o Imperador; privar-o em todo, ou em parte da sua autoridade constitucional; ou alterar a ordem legitima da successão. Penas - de prisão com trabalho por cinco a quinze annos. Se o crime se consummar. Penas - de prisão perpetua com trabalho no gráo maximo; prisão com trabalho por vinte annos no médio; e por dez annos no minimo. Art. 110. Julgar-se-ha commettido este crime, reunindo-se uma, ou mais povoações, que

descumprimento de outras penas, como a de banimento, e verifica-se, também, a existência da pena de galés perpétua - modalidade penal de encarceramento vitalício com trabalhos forçados.

Por outro lado, o Código Penal de 1890 não contemplou a pena de prisão perpétua, assim como as demais penas infamantes: morte, galés e açoites. Já naquele ano, o diploma penal brasileiro passou a estabelecer, em 30 anos, o limite máximo de cumprimento de pena e positivando expressamente a impossibilidade da pena perpétua em solo brasileiro. Aliás, a modificação foi operada antes mesmo da promulgação do novo código:

No entanto, o primeiro Código Penal republicano incorporou as críticas que os especialistas do direito criminal vinham fazendo à codificação do Império, desde a década de 1870. Entre as críticas então formuladas, uma delas foi dirigida à multiplicidade de penas aplicadas à retribuição aos delitos – galés, morte, açoites, prisão simples e com trabalho, degredo, multa etc. – e à ausência de um modelo de organização das prisões a ser seguido em todo o país (SALLA, 2006, p. 147).

Pessoa informa que a abolição se deu antes da promulgação do novo código, com o decreto n.º 774, de 20 de setembro de 1890:

Cabe notar, no entanto, que antes mesmo de o código ser promulgado, as penas de galés e de prisão perpétua, cujo tempo máximo de duração passou a ser de 30 anos, haviam sido abolidas pelo decreto n. 774, de 20 de setembro de 1890. Assim, o Código de 1890 suprimiu as penas infamantes – morte, galés e açoites – e também a pena de prisão perpétua, ratificando o tempo máximo de trinta anos para o cumprimento da pena restritiva da liberdade individual (Brasil. Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890, art. 44). (PESSOA, 2018, s.p.)

Até hoje vigente, por sua vez, o Código Penal de 1940 manteve a abolição da pena de prisão perpétua e, em seu texto original, a pena máxima de prisão de 30 anos – o que só foi modificado em 2019. Porém, o referido código trouxe uma possibilidade de burla à vedação da pena de prisão perpétua com as possibilidades de acumulação de pena e de medida de segurança, o sistema duplo binário:

É um código rigoroso, rígido, autoritário no seu cunho ideológico, impregnado de “medidas de segurança” pós-delituosas, que operavam através do sistema do “duplo binário”, ou da “dupla via”. Através desse sistema de “medidas” e da supressão de toda norma reguladora da pena no concurso real, chegava-se a burlar, dessa forma, a proibição constitucional da pena perpétua. Seu texto corresponde a um “tecnicismo jurídico” autoritário que com a combinação de penas retributivas e medidas de segurança indeterminadas (própria do Código Rocco), desemboca numa clara deterioração da segurança jurídica e converte-se num instrumento de neutralização de

compreendam todas mais de vinte mil pessoas, para se perpetrar algum, ou alguns dos crimes mencionados nos artigos sessenta e oito, sessenta e nove, oitenta e cinco, oitenta e seis, oitenta e sete, oitenta e oito, oitenta e nove, noventa e um, e noventa e dois. Penas - Aos cabeças - de prisão perpetua com trabalho no gráo maximo; de prisão com trabalho por vinte annos no médio; e por dez no minimo. Art. 131. Nas mesmas penas incorrerá o Juiz de Direito, de Facto, ou Arbitro, que por peita der sentença, posto que justa seja. Se a sentença fôr injusta, a prisão será de seis mezes a dous annos; e se fôr criminal condemnatoria, soffrerá o peitado a mesma pena, que tiver imposto, ao que condemnára, menos a de morte, quando o condemnado a não tiver soffrido; caso, em que se imporá ao réo a de prisão perpetua.

“indesejáveis”, pela simples deterioração provocada pela institucionalização demasiadamente prolongada (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2008, p. 194).

Nesse sentido, foi somente em 11 de junho de 1984, com a lei n.º 7.209, que se alterou profundamente a parte geral do Código Penal vigente, abolindo o sistema duplo binário e adotando o sistema vicariante. Assim, ou se aplica pena, ou se aplica medida de segurança, não podendo cumulá-las. O avanço da reforma de 84 é notável:

O texto que compõe a nova parte geral constitui uma verdadeira reforma penal e supera amplamente o conteúdo tecnocrático da frustrada tentativa de reforma de 1969, posto que apresenta uma nova linha de política criminal, muito mais de conformidade com os Direitos Humanos. De uma maneira geral, o neo-idealismo autoritário desaparece do texto, apresentando apenas uma isolada amostragem de neo-hegelianismo, ao cuidar da imputabilidade diminuída. Retorna-se um direito penal de culpabilidade ao erradicar as medidas de segurança do Código Rocco e ao diminuir, consideravelmente, os efeitos da reincidência. Ainda que sem apresentar alguma fórmula expressa para o concurso real, certo é que, ao menos através de uma forma expressa, elimina a possibilidade de perpetuação da pena, ao estabelecer o limite máximo de 30 anos. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2008, p. 196)

Insta salientar, de outro modo, que a medida de segurança que restou neste código prevê tempo mínimo de cumprimento, mas não prevê tempo máximo, o que teoricamente representa uma possibilidade de detenção perpétua no caso de internação de incapaz.

Ainda sobre tal ponto, em face da sua natureza penal, a jurisprudência tem sido firme no sentido de que o cumprimento da medida de segurança não poderia ser superior a trinta anos – que era também o máximo de cumprimento da pena de prisão. Entretanto, essa posição não é unânime, pois há quem sustente que o cumprimento da medida de segurança não poderia ultrapassar o máximo da pena abstratamente cominada ao delito. Também não são inexistentes vozes que pugnam pela volta do sistema duplo binário.

Por fim, já no ano de 2019, com a lei n.º 13.964, nomeada de “Pacote Anticrime”, a pena máxima no Brasil passou de 30 para 40 anos de prisão, o que pode configurar a pena de prisão perpétua não oficial (SMIT; APPLETON, 2018).

3.2 TEORIAS DO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO

A doutrina internacional se divide em duas grandes teorias quanto à relação do direito interno dos Estados e o direito internacional público, o monismo e o dualismo. Cada uma dessas teorias ainda se divide em outras duas, monismo com primazia de direito internacional e monismo com primazia de direito interno, e dualismo radical e dualismo moderado.

Nesse sentido, destaca-se Kelsen que projetava para os tempos vindouros uma completa compreensão de sua teoria pura e, também, predizia uma comunidade universal de direito

mundial. Mas essa comunidade não existia em seu tempo e, mesmo hoje, ainda não existe – se bem que, em proporção de história da civilização, o tempo passado da publicação da Teoria Pura (1934) aos nossos dias é ínfimo –. Entretanto, para o autor, as ordens jurídicas internacional e nacionais já seriam, desde sempre, uma só:

Toda a evolução técnico-jurídica apontada tem, em última análise, a tendência para fazer desaparecer a linha divisória entre Direito internacional e ordem jurídica do Estado singular, por forma que o último termo da real evolução jurídica, dirigida a uma centralização cada vez maior, parece ser a unidade de organização de uma comunidade universal de Direito mundial, quer dizer, a formação de um Estado mundial. Presentemente, no entanto, ainda não se pode falar de uma tal comunidade. Apenas existe uma unidade cognoscitiva de todo o Direito, o que significa que podemos conceber o conjunto formado pelo Direito internacional e as ordens jurídicas nacionais como um sistema unitário de normas - justamente como estamos acostumados a considerar como uma unidade a ordem jurídica do Estado singular. (KELSEN, 1999, p. 230)

O autor sustenta, portanto, a existência de uma única ordem jurídica. Dessa forma, entende não existir conflitos insolúveis entre as ordens jurídicas estatais e internacionais, pois, em um sistema jurídico uno, um conflito sempre terá resoluções dentro de seu próprio sistema. Se houvesse a possibilidade de conflito, para ele, seria necessário reconhecer um dualismo jurídico:

Se houvesse conflitos insolúveis entre Direito internacional e Direito estadual e se, por isso, fosse inevitável uma construção dualista, desde que considerássemos o Direito estadual como um sistema de normas válidas, não só não poderíamos conceber o Direito internacional como Direito, como também o não poderíamos sequer conceber como uma ordem normativa vinculante que se encontra em vigor ao mesmo tempo que o Direito estadual. Apenas poderíamos interpretar as relações submetidas à nossa apreciação, ou do ponto de vista da ordem jurídica estadual, ou do ponto de vista da ordem jurídica internacional. (KELSEN, 1999, p. 231)

No capítulo “VII – O Estado e o Direito Internacional”, da Teoria Pura do Direito, o autor afirma ser insustável a doutrina dualista, justamente por aceitar que duas ordens jurídicas diferentes – interna e internacional – podem ter vigência simultânea e entrar em conflito:

Na medida em que fosse este o significado de uma teoria que crê ter de aceitar a existência de conflitos insolúveis entre Direito internacional e Direito estadual e considera o Direito internacional, não como Direito, mas apenas como uma espécie de Moral internacional, nada haveria a opor-lhe do ponto de vista da lógica. Mas a generalidade dos representantes da teoria dualista vê-se forçada a considerar o Direito internacional e o Direito estadual como ordens jurídicas com vigência simultânea que são independentes uma da outra nessa sua vigência e podem entrar em conflito uma com a outra. Esta doutrina é insustentável. (KELSEN, 1999, p. 231)

Nesse esteio, não haveria para o monismo kelseniano qualquer conflito entre a ordem nacional e internacional, pelo fato de uma norma pátria contradizer a norma de um tratado celebrado, por exemplo. Para Hans Kelsen, tal aparente conflito operaria na mesma relação das leis que contrariam a constituição. Em ambos os casos, a lei em relação ao tratado ou em relação

à constituição tem validade. O que apenas acarretaria, por isso, a consequência jurídica da sanção internacional do Estado ou da inconstitucionalidade, respectivamente:

Um conflito dessa espécie é visto principalmente no fato de uma lei do Estado poder estar em contradição com um tratado de Direito internacional, como, v. g., quando um Estado está obrigado por tratado a conceder aos membros de uma minoria os mesmos direitos políticos que confere aos membros da maioria e, numa lei desse Estado, são retirados aos membros do grupo minoritário todos os direitos políticos, sem que tal contradição, no entanto, afete, quer a validade da lei, quer a do tratado. Simplesmente, a este fato corresponde um outro perfeitamente análogo dentro da ordem jurídica estadual sem que, no entanto, se ponha por qualquer forma em dúvida, por tal motivo, a unidade desta. Também a chamada lei inconstitucional é uma lei válida e permanece tal sem que, por essa razão, se tenha de considerar a Constituição como anulada ou modificada. Também a chamada sentença ilegal é uma norma válida e permanece em vigor até ser anulada por uma outra sentença. Já acima claramente se mostrou que a “antinormalidade” de uma norma não significa que haja qualquer conflito entre a norma inferior e a norma superior, mas apenas traduz a anulabilidade da norma inferior ou a punibilidade de um órgão responsável. (KELSEN, 1999, pp. 231-232)

Na esteira da lei interna que contraria o tratado, o autor explica o que se realiza no direito internacional:

O sentido com que o Direito internacional impõe ao Estado o dever de realizar quaisquer atos e, especialmente, de estabelecer normas de determinado conteúdo, é simplesmente o seguinte: o ato oposto ou a fixação de normas de conteúdo oposto são pressupostos aos quais o Direito internacional liga as suas sanções específicas, as consequências do ilícito, que são as represálias ou a guerra. A norma criada com “violação” do Direito internacional permanece válida, mesmo do ponto de vista do Direito internacional. Com efeito, este não prevê qualquer processo através do qual a norma da ordem jurídica estadual “contrária ao Direito internacional” possa ser anulada. Uma tal possibilidade só existe no domínio do Direito internacional particular. (KELSEN, 1999, p. 232)

Ainda sobre a lei que contraria o tratado, conclui:

A redação entre o Direito internacional e a norma da ordem jurídica estadual dita contrária ao Direito internacional é a mesma que existe entre uma Constituição estadual que - v. g., no seu elenco dos direitos fundamentais - determina o conteúdo de futuras leis e uma lei que ofenda os direitos fundamentais e que é, portanto, inconstitucional - dado como pressuposto que tal Constituição não estabeleça qualquer processo através do qual as leis possam ser anuladas com base na sua inconstitucionalidade, mas se limite à possibilidade de responsabilizar pessoalmente certos órgãos pela formação da chamada lei inconstitucional. A determinação e conteúdo da ordem jurídica estadual pelo Direito internacional opera-se precisamente da mesma maneira que a determinação do conteúdo de leis futuras através de uma Constituição que não institua qualquer jurisdição constitucional num sentido alternativo. A possibilidade de um outro conteúdo que não o prescrito não é excluída e este torna-se, precisamente por isso - se bem que apenas em segunda linha -, conteúdo delegado. A sua desqualificação opera-se simplesmente pelo fato de o estabelecimento de tais normas ser qualificado, sem prejuízo da validade destas, como delito de Direito internacional. Nem este fato nem a norma através dele criada, considerada como “contrária ao Direito internacional”, estão em contradição lógica com o mesmo Direito internacional. Por este lado, portanto, nada obsta à admissão de uma unidade do Direito internacional e do Direito de cada Estado. (KELSEN, 1999, p. 232)

Kelsen afirma a necessidade de que uma das duas ordens – a estatal ou a internacional – deva ter uma hierarquia superior a outra, com relação de subordinação, pois, em uma, haveria o fundamento de validade da outra:

Dois complexos de normas do tipo dinâmico, como o ordenamento jurídico internacional e um ordenamento jurídico estadual, podem formar um sistema unitário tal que um desses ordenamentos se apresente como subordinado ao outro, porque um contém uma norma que determina a produção das normas do outro e, por conseguinte, este encontra naquele o seu fundamento de validade. A norma fundamental do ordenamento superior é, neste caso, também o fundamento de validade do ordenamento inferior. (KELSEN, 1999, p. 233)

Para que dois complexos de normas possam ter hierarquia igual, necessário seria um terceiro ordenamento, de onde decorreriam essas duas ordens e aquele seria o fundante desses (KELSEN, 2009).

É neste sentido que é concebida a possibilidade de dois monismos, um com a primazia de direito internacional e outro com primazia do direito estatal. Ou o direito internacional parte do direito estatal como seu fundador, ou os vários direitos estatais são partes do direito internacional – que é o todo que delega:

Se o Direito internacional e o Direito estadual formam um sistema unitário, então a relação entre eles tem de ajustar-se a uma das duas formas expostas. O Direito internacional tem de ser concebido, ou como uma ordem jurídica delegada pela ordem jurídica estadual e, por conseguinte, como incorporada nesta, ou como uma ordem jurídica total que delega nas ordens jurídicas estaduais, supra-ordenada a estas e abrangendo-as a todas como ordens jurídicas parciais. Ambas estas interpretações da relação que intercede entre o Direito internacional e o Direito estadual representam uma construção monista. A primeira significa o primado da ordem jurídica de cada Estado, a segunda traduz o primado da ordem jurídica internacional. (KELSEN, 1999, p. 233)

Dessa forma, o autor dedica um tópico na mesma obra para clarificar tal distinção. No tópico “a diferença entre as duas ordens monistas”, o autor baliza a diferença das duas construções monistas no que toca ao reconhecimento da norma hipotética fundamental. Tendo o monismo com primazia de direito interno reconhecido o ordenamento interno como o último fundamento de validade e existência de todo o sistema – primeira constituição histórica –, de outro giro, o monismo com primazia de direito internacional teria reconhecido o direito internacional como o último fundamento de validade de todo o ordenamento – o costume internacional:

Segundo a primeira, que tem o seu ponto de partida na validade de uma ordem jurídica estadual, o fundamento de validade do Direito internacional é a norma fundamental pressuposta por força da qual a fixação da primeira Constituição histórica do Estado, cujo ordenamento forma o ponto de partida da construção, é um fato gerador de Direito. Segundo a outra, que não toma o seu ponto de partida numa ordem jurídica estadual mas no Direito internacional, o seu fundamento de validade é a norma fundamental pressuposta por virtude da qual o costume dos Estados é um fato gerador de Direito. (KELSEN, 1999, p. 239)

As origens do monismo nacionalista estão atreladas aos autores que consideram o Estado com soberania quase limitada, seguindo uma tradição notadamente hegeliana:

Proposta por autores da Escola de Bonn, como Ksugmann e Wenzel, com raízes em Hegel, o monismo nacionalista baseia-se na concepção de uma sociedade internacional descentralizada e da soberania absoluta do Estado, o qual não está sujeito a nenhum sistema jurídico que não tenha surgido de sua própria vontade. Há, na realidade, um culto à Constituição, norma fundamental, em que se encontra o exato grau de relevância a ser atribuído às normas internacionais escritas e costumeiras. Assim, as normas de Direito Internacional nada mais são que a manifestação do direito estatal externo, cuja finalidade é reger as relações do Estado com os demais entes da sociedade internacional. (ARAÚJO, 2012, p. 346)

De outro vértice, Hans Kelsen parece estar inclinado ao monismo com primazia de direito internacional. Isso também decorre de sua inclinação ao reconhecimento da norma hipotética fundamental estar no direito internacional, e não no ordenamento pátrio dos Estados. Nesse sentido, seria o costume internacional que dá fundamento de validade e existencial aos diversos Estados:

Desta forma, torna-se juridicamente possível a coexistência no espaço de uma pluralidade de Estados, isto é, de uma pluralidade de ordens coercivas. Mas não só a existência do espaço, pois também a sucessão no tempo, quer dizer, a esfera temporal de validade das ordens jurídicas dos Estados em singular, é determinada pelo Direito internacional. O começo e o termo da validade jurídica da ordem estadual regem-se pelo princípio jurídico da efetividade. O nascimento e o desaparecimento do Estado, vistos desta posição, apresentam-se como fenômenos jurídicos, tal qual como a constituição e dissolução de uma corporação como pessoa jurídica na moldura do Direito estadual interno.

[...]

Assim, o Estado aparece como determinado pelo Direito internacional na sua existência jurídica em todas as direções, quer dizer, como uma ordem jurídica delegada pelo Direito internacional, tanto na sua validade como na sua esfera de validade. Somente a ordem jurídica internacional, e não qualquer ordem jurídica estadual, é soberana. Se as ordens jurídicas estaduais ou as comunidades jurídicas por elas constituídas, os Estados, são designadas como “soberanas”, isso significa simplesmente que elas apenas se encontram subordinadas à ordem jurídica internacional, que elas são jurídico-internacionalmente imediatas. (KELSEN, 1999, pp. 237-238)

Em outra obra, “Teoria Geral do Direito e do Estado”, o autor ainda sustenta que o direito internacional não depende do reconhecimento dos Estados, reforçando sua predileção ao monismo internacionalista:

Além do mais, o Direito Internacional positivo não faz com que a sua validade para um estado dependa do reconhecimento por esse Estado. Quando um novo Estado passa a existir, de acordo com o Direito Internacional, recebe todas as obrigações e direitos conferidos a um Estado por essa ordem jurídica, independente do reconhecimento ou não do Direito Internacional por parte do Estado. (KELSEN, 2008, p. 369)

Em outra via, Karl Heinrich Triepel é o maior representante do dualismo jurídico, entendendo serem completamente distintas as ordens internacional e interna. Para ele, portanto,

há duas bases de distinção: as relações sociais que regem e as vontades da qual emanam as regras jurídicas (ou fontes), e “nesta categoria de regras jurídicas que é preciso classificar as normas do direito internacional, isto porque o direito interno e o direito internacional são opostos nos dois sentidos que acabo de indicar” (TRIEPEL, 1966, p. 10).

Quanto às relações sociais, a ordem jurídica estatal regula a relação entre os seus súditos (os nacionais e os que se encontram em seu território) – direito privado e a relação dos seus súditos consigo mesmo –; enquanto o direito internacional regula a relação apenas entre Estados – direito público (TRIEPEL, 1966). Quanto às vontades emanadoras das regras jurídicas, “no direito interno, a fonte do direito é, em primeiro lugar, a vontade do próprio Estado” (TRIEPEL, 1966, p. 14) e, “do mesmo modo, na esfera das relações entre Estados, a fonte de direito não pode ser senão uma vontade proveniente dos Estados” (TRIEPEL, 1966, p. 14). Nota-se da explicação do autor que a vontade proveniente dos Estados não é, claro, de um só Estado, “mas, se a vontade de qualquer Estado particular não pode criar direito internacional, não se pode imaginar senão isto: uma vontade comum, nascida da união dessas vontades particulares, se mostra capaz de preencher esse fim” (TRIEPEL, 1966, p. 14).

Apesar de, no trabalho dedicado às diferenças entre o monismo e o dualismo, “As relações entre o direito interno e o direito internacional”, Karl Heinrich Triepel não arrolar entre as duas diferenças citadas, parece haver no texto uma terceira distinção entre as duas ordens – interna e internacional –, qual seja a lógica de subordinação dos ordenamentos internos e a lógica da cooperação na ordem internacional³⁸. Nesse diapasão, o autor sustenta a teoria dualista:

Se as deduções que acabam de ser feitas forem exatas, delas resulta esta conclusão: o direito internacional público e o direito interno são, não somente partes, ramos, distintos do direito, como também sistemas jurídicos diferentes. São dois círculos em íntimo contato, mas que jamais se superpõem. (TRIEPEL, 1966, pp. 15-16)

³⁸ Nesse sentido: Para Heinrich Triepel citado por Celso de Albuquerque Mello, existem três diferenças fundamentais que distinguem as duas ordens jurídicas (nacional e internacional): A primeira diferença é de ‘relações sociais’: na ordem internacional o Estado é o único sujeito de direitos enquanto na ordem interna aparece o homem também como sujeito de direitos. A segunda diferença é das fontes nas duas ordens jurídicas: o Direito Interno é o resultado da vontade de um Estado, que se manifesta o DI tem como fonte a vontade coletiva dos Estados, que se manifesta expressamente nos tratados-leis e tacitamente no costume internacional. Triepel, neste aspecto, se baseara em trabalhos de Bergbohm e Binding, sendo que este último já utilizara a expressão “Vereinbarung” (convenção, ato-união) em trabalho publicado um decênio antes. A “Vereinbarung” é, na definição de Binding, “a fusão de vontades diferentes com um mesmo conteúdo”. Ela se manifesta nas decisões do Congresso, etc. é esta “Vereinbarung” que, para Triepel, cria as normas internacionais. A “Vereinbarung” se diferenciaria do “Vertrag” (contrato), em que se as vontades têm conteúdo diferente. A terceira diferença é relativa à estrutura das duas ordens jurídicas: a interna esta baseada em um sistema de subordinação e a internacional na coordenação. É a comunidade internacional uma sociedade paritária. (MELLO, 2002, p. 114)

É interessante notar que, para o dualista, assim como para Hans Kelsen, não pode haver conflito entre direito interno e internacional³⁹. Entretanto, baseando-se em fundamento totalmente diverso, o de tratarem de matérias diferentes.

Desde que o direito interno e o direito internacional não regem as mesmas relações, é impossível que haja jamais uma concorrência entre as fontes dos dois sistemas jurídicos. Enquanto o direito privado, ou o direito penal, de dois países, lutam, às vezes por se apoderarem de uma mesma situação de fato, tal conflito não pode ter lugar entre o direito internacional e o direito interno. (TRIEPEL, 1966, p. 16)

Em seu escrito supracitado, Triepel menciona o fato de Kelsen não ter, em suas obras, apresentado objeção à tese da razão da inexistência do conflito entre as ordens internacional e interna se dar pela diferença de objetos a que se ocupam. De outro modo, conclui ser também contraditório assimilar o direito interno com o direito internacional. Veja-se:

Ê também, do nosso ponto-de-vista, patente contradição assimilar o direito internacional ao direito interno. Uma regra de origem internacional pode ser convertida em conteúdo de um a regra de direito interno. Mas, salvo casos de que teremos de falar, a chamada apropriação das disposições de direito internacional público pela legislação do Estado não pode ser concebida como simples translação de um a regra de direito internacional para o direito interno. Um tratado internacional, por exemplo, obriga o Estado a conceder garantia para um empréstimo, ou coisa semelhante; a lei de execução autoriza o govêrno a garantir. Um tratado de extradição obriga o Estado a entregar criminosos; a lei de execução obriga as autoridades ' policiais a se apoderarem do criminoso refugiado, e as autoriza a rem eter o m alfeitor para o estrangeiro. (TRIEPEL, 1966, p. 16-17)

Prosseguindo, dentro do dualismo, há ainda a divisão entre radical e moderado, em que a distinção estará apenas no nível de formalidade exigido para a incorporação da norma de direito internacional ao direito pátrio.

Além disso, nas últimas décadas, tem ganhado espaço uma terceira teoria, o pluralismo jurídico – pluralismo constitucional ou transconstitucionalismo. A nova teoria não se ocupa, no entanto, como se ocuparam o monismo e o dualismo, da separação ou unidade do ordenamento jurídico internacional e os diversos ordenamentos internos, mas da aplicação de ambos independentes dessa celeuma. E, no Brasil, cabe consignar que alguns autores sustentam ser a teoria apenas uma forma de dualismo ou de monismo (ou monismo dialógico)⁴⁰.

Bastante desenvolvido no âmbito da União Europeia, do Tribunal de Justiça Europeu e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, o transconstitucionalismo se encontra ainda incipiente entre os latino-americanos, mas já incidindo no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Assim, o transconstitucionalismo assenta-se na ideia de que os Estados não

³⁹ Como vimos, Kelsen afirma justamente o contrário, afirmando que assumir uma posição dualista é admitir a possibilidade de conflito entre as duas normas – interna e internacional.

⁴⁰ Nesse sentido, ver: Gonçalves Pereira e Quadros (1997) e Valério de Oliveira Mazzuoli (2018)

estão sujeitos somente à sua própria constituição, mas, opostamente, a jurisdição que os compreende está multipermeada por outras constituições e também pelas constituições macrorregionais.

Para uma maior compreensão, preleciona Pérez (2011, pp. 11-12):

O pluralismo constitucional se define como um conjunto de ordenamentos jurídicos que interagem, cada um com sua própria constituição, mas sem que estejam hierarquicamente ordenados. Assim, o pluralismo parte do pressuposto de que não existe uma relação de hierarquia entre as normas fundamentais dos sistemas jurídicos que interagem em um mesmo âmbito espacial.

Nesse esteio, vê-se que essa teoria não é apenas um posicionamento sobre como se deve atuar diante da necessidade de integração; é mais do que isso. O pluralismo normativo é a tentativa da criação de uma nova estrutura normativa que, baseada na anterioridade do direito ao Estado, busca negar o clássico modelo constitucional do Estado soberano em detrimento de um modelo de constitucionalismo pluralista.

Contudo, a necessidade dessa substituição, aparentemente evidente para os europeus, não se concretiza da mesma forma para o brasileiro. Enquanto lá se discute a possibilidade de uma constituição una da União Europeia (UE) – criando, em verdade, um Estado superdimensionado –, aqui em nada se pode comparar. Isso porque o estágio de evolução da UE permitiu a criação do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) em coexistência com os tribunais de cada Estado. Enquanto isso, o Mercosul restringe-se a regular somente as transações simplesmente econômicas.

A questão, similarmente, foi pensada no próprio seio europeu. Senão, vejamos, em Pérez (2011, p. 25), a mesma indagação:

Neste ponto, podemos perguntarmo-nos se o pluralismo constitucional é exclusivo da UE [União Européia]. Sem dúvida é o âmbito em que o pluralismo teve maior desenvolvimento, mas seria extensível a outros sistemas de direito para além do Estado? Os modelos pluralistas desenvolvidos por alguns autores têm pretensão de aplicação geral.

Somado a isso, quando se cogita o pluralismo, atrela-se a ele a orientação do princípio internacional *pro homine*. Já consagrado no cenário mundial, esse princípio defende que os direitos humanos somente serão protegidos quando, na vigência de multiplicidade de normas válidas, aplicar-se sempre a mais benéfica ao indivíduo do caso concreto, seja para aumentar direitos, seja para diminuir restrições.⁴¹

⁴¹ Nesse sentido, ver: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto (2003).

Observa-se claramente, portanto, que a situação em que se encontraria o país sujeito ao modelo plural de constitucionalismo seria atraente ao uso do fundamento do *pro homine* e, por conseguinte, seu uso seria irrestrito.

Ademais, cabe ainda ressaltar que a teoria pluralista não opera como seria no monismo, em que há absorção e confusão dos ordenamentos jurídicos em ordem jurídica única. Longe disso, o pluralismo defende a interpenetração de ordens sabidamente distintas, pois acredita ser essa a maior afeição à realidade.

Vale ressaltar, a fim de atender às expectativas da pesquisa jurídica, que será discutida aqui pontualmente a questão da aplicabilidade do pluralismo frente ao Tribunal Penal Internacional, que tem competência para julgar pessoas desconsiderando a personalidade jurídica dos Estados.

Prosseguindo, os defensores do pluralismo defendem que a separação entre interno e internacional está cada vez mais tênue; e a aplicação da teoria é adequada para se construir uma estrutura de exercício do Poder Público. Ademais, para os pluralistas, é vantajosa a flexibilidade dessa nova realidade, uma vez que se dá uma adaptação melhor e mais rápida frente às mudanças da atualidade no mundo (PEREZ, 2011, p. 18).

E, desse modo, longe de ousar negar a importante inovação dessa tendencial superação do modelo constitucionalista – pelo transconstitucionalismo – e forte capacidade resolutiva de conflitos pela teoria da integração – o pluralismo norteado pelo *pro homine* –, ressalta-se que o presente esforço se alinha à tal corrente de pensamento mais moderna, o que não é tópico essencial deste trabalho, uma vez que é recortado à jurisdição do TPI.

Entretanto, o reconhecimento de que se trata de ordenamentos jurídicos diferentes, e possivelmente antagônicos, remete a uma contradição elementar do estudo da teoria do direito, em que os clássicos defendiam a impossibilidade de aceitação de mais de um sistema com natureza jurídica. Tal posição é lembrada por MacCormick (1999 *apud* QUEIROZ, 2008, pp. 12-13):

O modelo pode complicar-se se enquadrarmos o problema no âmbito de uma teoria de direito que faça simultaneamente apelo à existência de diversos sistemas normativos (...), que separando direito do Estado, acaba por advogar a superação do conceito clássico de soberania. É esta, entre outras, a posição defendida por Neil MacCormick.

Destarte, a inaplicabilidade do princípio do *pro homine* dentro da teoria pluralista no contexto do TPI se assenta na exclusão por parte do Estatuto de Roma dos ordenamentos jurídicos nacionais dos Estados-Partes como fonte de direito aplicável. É o que se observa do texto do Estatuto de Roma:

Artigo 21

Direito Aplicável

1. O Tribunal aplicará:

- a) Em primeiro lugar, o presente Estatuto, os Elementos Constitutivos do Crime e o Regulamento Processual;
- b) Em segundo lugar, se for o caso, os tratados e os princípios e normas de direito internacional aplicáveis, incluindo os princípios estabelecidos no direito internacional dos conflitos armados;
- c) Na falta destes, os princípios gerais do direito que o Tribunal retire do direito interno dos diferentes sistemas jurídicos existentes, incluindo, se for o caso, o direito interno dos Estados que exerceriam normalmente a sua jurisdição relativamente ao crime, sempre que esses princípios não sejam incompatíveis com o presente Estatuto, com o direito internacional, nem com as normas e padrões internacionalmente reconhecidos.

Nota-se que o Estatuto de Roma indica expressamente o direito que lhe é aplicável, relegando à eventual aplicação do direito interno (dos Estados-Partes) somente à exceção.

Soma-se a essa negação do direito interno com fonte do Tribunal Penal Internacional, como é sabido, a assunção pelo Estatuto da natureza de complementariedade da jurisdição do TPI às jurisdições internas dos Estados-partes.

Senão, veja-se⁴²:

Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional

Preâmbulo

[...] Relembrando que é dever de cada Estado exercer a respectiva jurisdição penal sobre os responsáveis por crimes internacionais, (...)

Artigo 1º

[...] É criado, pelo presente instrumento, um Tribunal Penal Internacional ("o Tribunal"). O Tribunal será uma instituição permanente, com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional, de acordo com o presente Estatuto, e será complementar às jurisdições penais nacionais. A competência e o funcionamento do Tribunal reger-se-ão pelo presente Estatuto.

É forçoso concluir pela inaplicabilidade do pluralismo jurídico ou do princípio *pro homine* para integrar a relação Estado-Parte e Tribunal Penal Internacional ou para resolver questão antinômica entre eles, uma vez que o Estatuto de Roma não reconhece o direito interno dos Estados como uma de suas fontes primárias.

3.3 OS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS E SUA INCORPORAÇÃO PÁTRIA

Os tratados internacionais de direitos humanos têm incorporação automática por força do parágrafo primeiro do artigo 5º da Constituição da República. Diz o parágrafo que “As

⁴² Nesse sentido, ver também o artigo 17, Questões Relativas à Admissibilidade do Estatuto de Roma.

normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Desse modo, não depende da intermediação de lei interna para gerar direitos subjetivos:

A incorporação automática do Direito Internacional do Direito Internacional dos Direitos Humanos pelo direito brasileiro – sem que se faça necessário um ato jurídico complementar para sua exigibilidade e implementação – traduz relevante consequência no plano jurídico. De um lado, permite ao particular a invocação direta dos direitos e liberdades internacionalmente assenurados, e, por outro, proíbe condutas e atos violadores a esses mesmos direitos, sob pena de invalidação (PIOVESAN, 2007, p. 83)

Insta salientar que a regra geral para a aplicação dos direitos decorrentes de tratados internacionais é a de incorporação legislativa. Nesse caso, com a ratificação, o tratado ainda não está apto a gerar direitos aos cidadãos do Estado pactuante:

Importa esclarecer que, ao lado da sistemática da “incorporação automática” do direito Internacional, existe a sistemática da “incorporação legislativa” do Direito Internacional. Isto é, se, em face da incorporação automática, os tratados internacionais incorporam-se de imediato ao Direito nacional em virtude do ato de ratificação, no caso da incorporação legislativa os enunciados dos tratados ratificados não são incorporados de plano pelo Direito nacional: ao contrário, dependendo necessariamente de legislação que os implemente. Essa legislação, reitera-se, é ato inteiramente distinto do ato de ratificação do tratado. (PIOVESAN, 2007, p. 84)

Portanto, têm-se no Brasil um sistema misto ou híbrido:

Diante dessas duas sistemáticas, conclui-se que o Direito brasileiro faz opção por um sistema misto, no qual, aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos – por força do art. 5º, § 1º -, aplica-se a sistemática de incorporação automática, enquanto aos demais tratados internacionais se aplica a sistemática de incorporação legislativa, na medida em que se tem exigido a intermediação de um ato normativo para tornar o tratado obrigatório na ordem interna (PIOVESAN, 2007, p. 88)

O que se percebe nesse sentido, quanto às teorias do direito internacional, tratadas no tópico anterior, é que para os tratados internacionais de direitos humanos se aplica uma lógica monista. Essa também é a posição de Flávia Piovesan:

Em suma, em face da sistemática da incorporação automática, o Estado reconhece a plena vigência do Direito Internacional na ordem interna, mediante uma cláusula geral automática plena. Como ato da da ratificação, a regra internacional passa a vigor de imediato tanto da ordem interna jurídica internacional como na interna, sem necessidade de uma norma de direito nacional que a integre ao sistema jurídico. Essa sistemática da incorporação automática reflete a concepção monista, pela qual o Direito Internacional e o direito interno compõem uma mesma unidade, uma única ordem jurídica, inexistindo qualquer limite entre a ordem jurídica internacional e a ordem interna. (PIOVESAN, 2007, p. 85)

Já em relação aos tratados de matéria comum, embora haja o silêncio da Constituição, têm-se aplicado uma lógica dualista:

Isto é, não há menção expressa a qualquer das correntes, seja à monista, seja à dualista. Por isso, a doutrina predominante tem entendido que, em face do silêncio constitucional, o Brasil adota a corrente dualista, pela qual há duas ordens jurídicas diversas (a ordem interna e a ordem internacional). Para que o tratado ratificado

produza efeitos no ordenamento jurídico interno, faz-se necessária a edição de um ato normativo nacional – no caso brasileiro, esse ato tem sido um decreto de execução, expedido pelo Presidente da República, com a finalidade de conferir execução e cumprimento ao tratado ratificado no âmbito interno. (PIOVESAN, 2007, p. 88)

Outra questão que se deve perscrutar é a da hierarquia que tais tratados alcançariam no ordenamento jurídico interno. Compulsando-se a doutrina pátria e alienígena, se encontram quatro posições hierárquicas possíveis atribuídas aos tratados internacionais de direitos humanos: i) os tratados internacionais têm posição paritária às leis federais – sem fazer distinção em relação aos tratados internacionais de direitos humanos; ii) os tratados internacionais de direitos humanos têm posição constitucional; iii) os tratados internacionais de direitos humanos têm posição supralegal; e iv) os tratados internacionais de direitos humanos têm posição supraconstitucional.

A primeira posição (i) teve vigência no Brasil com o julgamento do recurso extraordinário n.º 80.004, de 1977, que afirmou a posição de que os tratados internacionais têm paridade com a lei federal. A antiga posição não encontra abrigo na jurisprudência pátria, como se verá adiante, tampouco há doutrina de vulto a sustentá-la. Flávia Piovesan informa que, antes de tal decisão, a posição era de prevalência dos tratados internacionais em relação às leis:

Observe-se que, anteriormente a 1977, há diversos acórdãos consagrando o primado do Direito internacional, como é o caso da União Federal vs. Cia. Rádio Internacional do Brasil (1951), em que o Supremo Tribunal Federal decidiu unanimemente que um tratado revoga as leis anteriores (Apelação Cível 9.587). Merece também menção um acórdão do STF, em 1914, no Pedido de Extradicação n. 07 de 1913, em que se declarava estar em vigor e aplicável um tratado, apesar de haver uma lei posterior contrária a ele. O acórdão na Apelação Cível n. 7.872 de 1943, com base no voto de Philadelpho de Azevedo, também afirma que a lei não revoga o tratado. (PIOVESAN, 2007, p. 62).

Assim, verifica-se que houve verdadeiro retrocesso no Brasil, naquela ocasião (MELLO, 2002). Isso se deu, principalmente, porque é necessário que se faça a distinção dos tratados de matéria comum em relação aos tratados internacionais de direitos humanos. A respeito da distinção, leciona Juan Antonio Travieso:

Os tratados modernos sobre direitos humanos em geral, e, em particular, a Convenção Americana não são só tratados multilaterais de tipo tradicional concluídos em função de um intercâmbio recíproco de direitos para o benefício mútuo dos estados contratantes. Seu objetivo e fim são a proteção dos direitos fundamentais dos seres humanos independente de sua nacionalidade, tanto frente a seu próprio Estado como frente a os outros Estados contratantes. Ao aprovar estes tratados sobre direitos humanos, os Estados se submetem a uma ordem legal dentro do qual eles, pelo bem comum, assumem várias obrigações, não em relação com outros Estados, mas para os indivíduos sob sua jurisdição. Portanto, a Convenção não só vincula os estados partes,

em vez disto, concede garantias as pessoas. Por este motivo, justamente, não pode interpretar-se como qualquer outro tratado (TRAVIESO, 1990, p. 90)⁴³ (Traduziu-se)

Entre nós, tratando da diferença substancial entre os tratados de direito comum e os tratados internacionais de direitos humanos, a professora Flávia Piovesan assevera:

Enquanto estes buscam o equilíbrio e a reciprocidade de relações entre os Estados-partes, aqueles transcendem os meros compromissos recíprocos entre os Estados pactuantes. Os tratados de direitos humanos objetivam a salvaguarda dos direitos do ser humano, e não das prerrogativas dos Estados. Como esclarece a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em sua Opinião Consultiva n. 2, de setembro de 1982: “Ao aprovar estes tratados sobre direitos humanos, os Estados se submetem a uma ordem legal dentro da qual eles, em prol do bem comum, assumem várias obrigações, não em relação a outros estados, mas em relação aos indivíduos que estão sob a jurisdição”. O caráter especial vem a justificar o *status* constitucional atribuído aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. (PIOVESAN, 2007, p. 65).

O regime constitucional inaugurado pela Constituição Federal de 1988 prevê que os direitos fundamentais expressos em seu texto “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (art. 5º, § 2º, CF/1988). Nesse sentido, Flávia Piovesan (2007), ao observar a Carta Política da ordem constitucional anterior, observou que lá constava que “A especificação dos direitos e garantias expressos neste Constituição não exclui direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota” (art. 153, § 36, CF/1967), o que demonstra que a nova constituição de fato inovou nesse sentido. Assim, essa postura do constituinte logrou proteção constitucional também aos direitos e às garantias constitucionais presentes nos tratados internacionais (posição ii):

Ao efetuar a incorporação, a Carta atribui aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a natureza de norma constitucional. Os direitos enunciados nos tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte integram, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Essa conclusão advém ainda de interpretação cismática e teleológica do Texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional. (PIOVESAN, 2007, p. 52)

⁴³ *Los tratados modernos sobre derecho humanos em general, y, em particular, la Convención Americana no son tratados multilaterales del tipo tradicional concluidos em función de um intercambio recíproco de derechos para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos Independiente de su nacionalidad, tanto frente a su próprio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción. Por tanto, la Convencion no solo vincula a los Estados partes, sino que otorga garantias a las personas. Por esse motivo, justificadamente, no puede interpretarse como cualquier otro tratado.* (TRAVIESO, 1990, p. 90).

Também sobre a questão, a vanguarda da doutrina constitucionalista, como José Afonso da Silva (2000), Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1990) e José Cretella Júnior (1991), tem operado uma divisão em três grupos de direitos fundamentais: os expressos, os implícitos e os decorrentes dos tratados internacionais. Flávia Piovesan acompanha tal grupo apresentando a divisão da seguinte forma:

Propõe-se, neste sentido, uma nova classificação dos direitos previstos pela Constituição. Por ela, os direitos seriam organizados em três grupos distintos: a) o dos direitos expressos na Constituição (por exemplo, os direitos elencados pelo Texto nos incisos I a LXXVII do art. 5º); b) o dos direitos expressos em tratados internacionais de que o Brasil seja parte; e, finalmente, c) o dos direitos implícitos (direitos que estão subentendidos nas regras de garantias, bem como os decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição) (PIOVESAN, 2007, p. 52).

Dessa forma, da interpretação do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988, infere-se que os tratados internacionais de direitos humanos implicariam a retirada da sua proteção constitucional:

Em suma, a hierarquia constitucional dos tratados de proteção dos direitos humanos decorre da previsão constitucional do art. 5º, § 2º, à luz de uma interpretação sistemática e teleológica da Carta, particularmente da prioridade que atribui aos direitos fundamentais e ao princípio da dignidade da pessoa humana. Essa opção do constituinte de 1988 se justifica em face do caráter especial dos tratados de direitos humanos e, no entender de parte da doutrina, da superioridade desses tratados no plano internacional. (PIOVESAN, 2007, p. 65).

Posteriormente, por meio da emenda constitucional 45, de 2004, ao instituir o parágrafo 3º do art. 5º, o constituinte derivado resolveu a celeuma no sentido supra aventado da seguinte forma: “§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. Entretanto, fez surgir a posição da supralegalidade em relação aos tratados internacionais de direitos humanos incorporados antes da Emenda ou posteriores a ela quando incorporados sem observação das formalidades exigidas.

Para Flávia Piovesan (2007), no entanto, a não observância a tal formalidade não teria o condão de desconfigurar a hierarquia constitucional dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos. Na obra citada, assim como em “Temas de Direitos Humanos” (2009), a autora assentou esta posição:

À hierarquia de valores deve corresponder uma hierarquia de normas, e não o oposto. Vale dizer, a preponderância material de um bem jurídico, como é o caso de um direito fundamental, deve condicionar a forma no plano jurídico-normativo, e não ser condicionado por ela. (...) Reitere-se que, por força do art. 5º, § 2º, todos os tratados de direitos humanos, independente do *quorum* de sua aprovação, são materialmente constitucionais, compondo o bloco de constitucionalidade. O *quorum*, qualificado está

tão-somente a reforçar tal natureza, ao adicionar um lastro formalmente constitucional aos tratados ratificados, propiciando a “constitucionalização formal” dos tratados de direitos humanos no âmbito jurídico interno. Como já defendido por este trabalho, na hermenêutica emancipatória dos direitos há que imperar uma lógica material e não formal, orientada por valores, a celebrar o valor fundante da prevalência da dignidade humana. (PIOVESAN, 2009, p. 19)

Todavia, haveria distinção entre tratados internacionais de direitos humanos materialmente constitucionais e tratados internacionais de direitos humanos materialmente e formalmente constitucionais, pois, enquanto os primeiros poderiam ser denunciados pelo Estado signatário, os últimos passariam a compor o núcleo pétreo da constituição, não mais podendo ser abolidos, portanto, nem mesmo pelo instituto da denúncia (PIOVESAN, 2009).

Por outro lado, a posição que se chamou de *supralegal* (iii) estabelece que os tratados dessa matéria estariam acima das leis pátrias, mas abaixo da Constituição, logo, tratando-se de uma posição *supralegal* e *infraconstitucional*.

Ainda, vale lembrar que tal entendimento foi inaugurado na jurisprudência da Corte Constitucional em maio de 2000, no julgamento do RHC n.º 79.785-RJ, que enfrentava a questão do alcance do duplo grau de jurisdição previsto pela Convenção Americana de Direitos Humanos. O voto que trouxe o entendimento é da lavra do ministro Sepúlveda Pertence. Veja-se trecho do arrazoado:

Certo, com o alinhar-me ao consenso em torno da estatura *infraconstitucional*, na ordem positiva brasileira, dos tratados a ela incorporados, não assumo compromisso de logo – como creio ter deixado expresso no voto proferido na ADInMc 1.480 – com o entendimento, então majoritário – que, também em relação às convenções internacionais de proteção de direitos fundamentais – preserva a jurisprudência que a todos equipara hierarquicamente às leis. Na ordem interna, direitos e garantias fundamentais o são, com grande frequência, precisamente porque – alçados ao texto constitucional – se erigem em limitações positivas ou negativas ao conteúdo das leis futuras, assim como à recepção das anteriores à Constituição (...). Se assim é, à primeira vista, parificar às leis ordinárias os tratados a que alude o art. 5º, § 2º, da Constituição, seria esvaziar de muito do seu sentido útil a inovação, que, malgrado os termos equívocos do seu enunciado, traduziu uma abertura significativa ao movimento de internacionalização dos direitos humanos.” [RHC no 79.785-RJ, Pleno, por maioria, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 22.11.2002, vencidos os ministros Marco Aurélio e Carlos Velloso (o então Min. Presidente).⁴⁴

Mais recentemente, em dezembro de 2008, a posição foi reafirmada no julgamento do RE 466.343/SP, que tratava da possibilidade da prisão civil do depositário infiel. Colaciona-se trecho do voto do ministro Celso de Mello:

Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam *infraconstitucionais*, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de *supralegalidade*. Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam

⁴⁴ STF. RHC n.º 79.785-RJ. DDUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. Relator: SEPÚLVEDA PERTENSE, Data de julgamento: 15/08/2000. Data de publicação: DJ 30/08/2000 P – 00063). Acesso em: 15/01/2021. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14825228/recurso-em-habeas-corporis-rhc-79785-rj-stf>>.

afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.⁴⁵

Atualmente, essa é a posição dominante na jurisprudência pátria, mas ainda há uma quarta posição que entende serem supraconstitucionais (posição iv) os tratados internacionais de direitos humanos. Nesse sentido, Flávia Piovesan traz a doutrina de Agustín Gordillo:

A supremacia da ordem supranacional sobre a ordem nacional preexistente não pode ser senão uma supremacia jurídica, normativa, detentora de força coativa e de imperatividade. Estamos, em suma, ante um normativismo supranacional. Concluimos, pois, que as características da Constituição, como ordem jurídica suprema do direito interno, são aplicáveis em um todo às normas da Convenção, enquanto a ordem jurídica suprema supranacional. Não duvidamos de que muitos intérpretes resistirão a considerá-la direito supranacional e supraconstitucional, sem prejuízo dos que se negarão a considerá-la sequer direito interno, ou, mesmo, direito. (GORDILLO, apud PIOVESSAN, pp. 53-55)

No Brasil, fazendo uma análise comparativa com a Constituição da República portuguesa, André Pereira e Fausto de Quadros sustentam semelhante posição:

No Brasil, a Constituição de 1988 não regula a vigência do direito Internacional na ordem interna, salvo quando aos tratados internacionais sobre os Direitos do Homem, quanto aos quais o art. 5º, parágrafo 2º, contém uma disposição muito próxima do art. 16, n. 1, da Constituição da República Portuguesa de 1976 que, como demonstraremos adiante, deve ser interpretada como conferindo grau supraconstitucional àqueles tratados. (PEREIRA; QUADROS, 1993, p. 103)

[...] ainda que implicitamente, está a conceder grau supraconstitucional a todo o Direito Internacional dos Direitos do Homem, tanto de fonte consuetudinária, como convencional. De facto, à expressão ‘não excluem’ não pode ser concebido um alcance meramente quantitativo: ela tem de ser interpretada como querendo significar também que, em caso de conflito entre as normas constitucionais e o Direito Internacional em matéria de direitos fundamentais, será este que prevalecerá. (PEREIRA; QUADROS, 1993, p. 117)

Hildebrando Accioly também defende a supraconstitucionalidade dos tratados:

A superioridade do tratado em relação às normas do direito Interno é consagrada pela jurisprudência internacional e tem por fundamento a noção de unidade e solidariedade do gênero humano e deflui normalmente de princípios jurídicos fundamentais, tal como o *pacta sunt servanda* e o *voluntas civitatis maximae est servanda*. (ACCIOLY, 2011, pp. 5-6)

Por fim, por força do referido § 3º do artigo 5º da Constituição Federal brasileira, conclui-se que ficou dominante que os tratados de direitos humanos têm a mesma posição hierárquica que as normas constitucionais quando forem aprovados pelo quórum determinado pelo dispositivo legal citado. Entretanto, não se pode dizer o mesmo dos tratados de direitos

⁴⁵ STF. RE 466.343/SP. PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7º, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE n.º 349.703 e dos HCs n.º 87.585 e n.º 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel. Acesso em: 10/07/2021. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=titulo:RE%20466.343%20SP&s=jurisprudencia>>.

humanos que não ingressam no ordenamento pátrio por tal via de aprovação. Quanto a eles, o que tem sido amplamente majoritário na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é a posição da supralegalidade (iii).

3.4 A PRISÃO PERPÉTUA: CONFLITO ENTRE TPI E A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

No subitem 1.4, se estudou a soberania em três autores clássicos, assim como a visão contemporânea. Para Bodin, a soberania é poder absoluto e perpétuo da República: absoluto porque não há nem um poder superior a ele; perpétuo, pois não tem limitação no tempo. Já em Rousseau, o poder é transferido da pessoa do governante para o povo; soberania é um atributo da vontade geral. Enquanto que, para Carl Schmitt, a soberania não é afeta à democracia, uma vez que o ato soberano é o ato de decidir na exceção; é o povo que não participa do ato decisório.

O entendimento contemporâneo de soberania é definido pelo ex-professor dessa casa, Dalmo Dallari, como o poder de decidir em última instância sobre a atributividade das normas. Outro jusfilósofo brasileiro, Miguel Reale, estabelece ser o poder de organizar-se juridicamente, fazendo valer dentro do território determinada decisão. O italiano, Norberto Bobbio, afirma ser a soberania o poder de mando em última instância, em uma sociedade política.

Entretanto, com a superação do Estado-Nação, a globalização do direito, com o fortalecimento do direito internacional e especialmente com a universalização dos direitos humanos, a soberania dos Estados tem encontrado algumas limitações. Sobre a relação de soberania do Estado brasileiro e sua relação com as normas de direito internacional do Estatuto de Roma, se ocupará este tópico.

O Estatuto de Roma para a Corte Penal Internacional é um tratado internacional que versa sobre questões de direitos humanos, tendo seu texto sido redigido em 1988, na Convenção de Roma, ratificado pelo Estado brasileiro em 25 de setembro de ano de 2002, por via do decreto n.º 4.388.

Veja-se o escólio de Sylvia Helena Steiner, ex-juíza do Tribunal Penal Internacional:

O Preâmbulo do Estatuto, embora não tenha o caráter obrigacional de suas disposições, aponta para o TPI como meio de preservação e restabelecimento da comunidade internacional frente a ameaças decorrentes dos mais graves crimes contra os direitos fundamentais, de transcendência internacional. O fim da impunidade, e a prevenção de novos crimes, são objetivos reafirmados pelos signatários do Estatuto. Portanto, tem o TPI inegavelmente o perfil desse Tribunal Internacional de Direitos Humanos previsto no Artigo 7º do ADCT, e seus objetivos traduzem a prevalência, na ordem internacional, da proteção de tais direitos. (STEINER, 2000, s.p.)

Dentre tantas outras inserções e alterações, a emenda constitucional n.º 45, de 8 de dezembro de 2004, incluiu, no texto constitucional, o parágrafo quarto do art. 5º, que diz: “O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”.

Dessarte, a Corte Penal Internacional é a corte com competência – complementar – para julgar crimes ocorridos no território brasileiro, estando inserida na jurisdição pátria desde 2002, sendo que em 2004 passou a ter previsão constitucional.

No § 4º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, se lê “O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”. No entanto, é necessário investigar se as normas do Tribunal a que faz referência o parágrafo quarto, transcrito, não vem a colidir com outras normas do texto constitucional.

Dessa forma, o representante-chefe da delegação brasileira em Roma, Sabóia, registra na conferência sobre a implementação do TPI:

O estabelecimento do TPI preencherá uma lacuna e atenderá à inequívoca necessidade da ordem política e jurídica internacional, confrontada pela multiplicação de conflitos internos nos quais as vítimas civis e inocentes predominam e os atentados contra os princípios mais básicos da humanidade deixam de ser um efeito colateral das hostilidades para ser um instrumento estratégico para a obtenção de fins políticos (SABÓIA, 2000, s.p.)

Embora seja verdadeira a afirmação de Sabóia, a relação do Estatuto com o ordenamento não é imune a conflitos antinômicos, que podem ser reais e aparentes.

As possíveis antinomias com o ordenamento interno brasileiro são: a questão da possibilidade de entrega do brasileiro nato ou naturalizado nos casos em que não cabe extradição, a imprescritibilidade dos crimes quando julgados pelo Tribunal (Corte) Penal Internacional, possibilidade de reanálise de coisa julgada material, a desconsideração da imunidade por foro de prerrogativa de função, a impossibilidade de homologação da sentença do Tribunal (Corte) pelo Superior Tribunal de Justiça e a instituição da pena de prisão perpétua. Tais conflitos foram estudados anteriormente pelo autor do presente trabalho em dissertação de mestrado intitulada de “Conflitos Reais e Aparentes entre as Normas de Direito Interno e Internacional sob o Foco da Corte Penal Internacional” (LOPES, 2015), cujos principais pontos se trazem a colação.

Destaca-se, assim, em primeiro lugar, que, para existir o conflito de normas, é necessário que duas normas distintas incidam sobre o mesmo caso concreto, o que pode ser o caso entre a competência do Estado brasileiro e o Tribunal Penal Internacional. Entretanto, o conflito pode ser apenas aparente quando houver meios jurídicos para solucionar o conflito, como, por exemplo, no ordenamento interno brasileiro, se aplicam as regras de hierarquia, especialidade

e cronologia. Por outro lado, haverá conflito real quando os meios jurídicos não possam dissolver tais conflitos.

Ainda de forma vestibular, é necessário mencionar que a Convenção de Roma do Tribunal (Corte) Penal Internacional é um tratado internacional considerado por parte da doutrina como de matéria comum, o que, em face da atual jurisprudência pátria, o classificaria na mesma hierarquia de lei ordinária. No entanto, não parece a correta posição:

Garantindo devido processo legal, com ampla defesa, contraditório, prévia cominação legal, independência e imparcialidade do juízo em um cenário antes despido de todas estas garantias fundamentais, é inegável o caráter de tratado de Direitos Humanos do Estatuto de Roma. (LOPES, 2015, p. 75.)

Por outro lado, para outra parcela da doutrina, cuida-se de tratado internacional de direitos humanos não internalizado pelo quórum qualificado e, aqui, outra divisão da doutrina: para uns, com hierarquia supralegal, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal; para outros, hierarquia materialmente constitucional, por interpretação do parágrafo segundo da Constituição Federal do Brasil.

Em face deste caráter, só restam duas hierarquias possíveis a este tratado, o supralegal e o constitucional. Como já manifestado, parece mais correta a posição defendida por Flávia Piovesan, no sentido de ser todo tratado de Direitos Humanos aprovado pelo Brasil, de hierarquia constitucional, pois o que deve orientar a questão deve ser o conteúdo material e não o formal, sendo por consequência o Estatuto de Roma também tratado de índole constitucional. (LOPES, 2015, p. 75)

No que toca à extradição e à entrega, o Estatuto de Roma tratou de diferenciá-las no seu artigo 102. “Por entrega, entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado ao Tribunal nos termos do presente Estatuto”; enquanto que “por extradição, entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado a outro Estado conforme previsto em um tratado, em uma convenção ou no direito interno”.

Para parte da doutrina, no entanto, “a distinção do art. 102 do Estatuto é tão *artificial quanto artificiosa* e não é apta a burlar preceito cogente e imperativo de nossa Constituição, que prevalece, no particular, sobre o direito convencional, o qual aqui se revela inconstitucional.” (SGARBOSSA; JENSEN, 2006, s.p.)

Os autores que seguem esse entendimento consideram que a entrega não é outra coisa senão extradição. Para eles, o fato da mudança dos atores da extradição, em uma de Estado para Estado e na outra de Estado para Corte Penal Internacional, não tem o condão de transfigurar o instituto e, assim, é inconstitucional a extradição sob o signo de entrega no ordenamento constitucional brasileiro. Isso quando relativo a um nacional, ressaltando as exceções da possibilidade de extradição do naturalizado. Veja-se:

Ora, proceder à prisão de um indivíduo e proceder à sua entrega a Estado estrangeiro era *extradição*, é *extradição* e *extradição* continua sendo, antes e depois do Estatuto de Roma, não importa o nome que se-lhe dê. O fato de a entrega ser feita a um organismo internacional não transmuda a natureza jurídica do instituto (e nem poderia fazê-lo, haja vista a existência de norma constitucional proibitiva da extradição do nacional que não pode ser simplesmente *burlada*). (SGARBOSSA; JENSEN, 2006, s.p.)

Entretanto, não é esse o entendimento majoritário. A teleologia da proibição da extradição do nacional se assenta no desconhecimento da lei alienígena (CACHAPUZ DE MEDEIROS, 2000, pp. 9-15), o que não ocorre no caso da Tribunal Penal Internacional, em que os institutos jurídicos são de conhecimento dos Estados-Partes, como o Brasil, que ratificou o tratado.

Além de encontrar mais adeptos na doutrina nacional e estrangeira, tal entendimento parece o mais acertado, motivo pelo qual, aqui, haveria apenas uma antinomia aparente.

No que concerne à imprescritibilidade dos crimes quando julgados pelo Tribunal Penal Internacional, a antinomia se assentaria em relação à cláusula geral de prescrição dos delitos no Brasil em que o rol constitucional traz apenas duas hipóteses de imprescritibilidade (ação de grupos armados contra o Estado democrático de direito – art. 5º, XLII - e os crimes de racismo – art. 5º, XLIV).

Entretanto, Kai Ambos e Ezequiel Wojschnik (2006), em texto anterior à ratificação do Estatuto de Roma por parte do Brasil, enfrentando as dificuldades para ratificação ou implementação do Estatuto no país, já resolvem a questão com a hermenêutica *inclusion unius alterius est exclusion*, não há algo que diga que o rol constitucional não possa ser ampliado. Nesse sentido, também é a conclusão de Ricardo de Souza Pereira (2013), em dissertação de mestrado voltada exclusivamente para tal possível antinomia, “A imprescritibilidade nos crimes de competência do Tribunal Penal Internacional”, tendo o Estatuto de Roma ampliado o número de delitos imprescritíveis no Brasil. Assim, é forçoso se tratar apenas de antinomia aparente.

Em se tratando da possibilidade de reanálise de coisa julgada material, o que ocorre não é uma desconstrução da segurança jurídica que faz a coisa julgada material, mas o restabelecimento de uma justiça que foi usurpada. Alinhado com a complementariedade da Corte, o § 3º do artigo 20 determina que “o Tribunal não poderá julgar uma pessoa que já tenha sido julgada por outro tribunal, por atos também punidos pelos artigos 6º, 7º ou 8º” (ESTATUTO DE ROMA, 2002). Aqui se expressa o respeito à coisa julgada material do Estado-Parte.

A possibilidade de julgamento de matéria já julgada internamente se restringe aos casos de o julgamento interno ter tido como objetivo subtrair o acusado à sua responsabilidade criminal ou que o processo não tenha sido conduzido de forma independente ou imparcial. Veja-se:

Tenha tido por objetivo subtrair o acusado à sua responsabilidade criminal por crimes da competência do Tribunal; ou não tenha sido conduzido de forma independente ou imparcial, em conformidade com as garantias de um processo equitativo reconhecidas pelo direito internacional, ou tenha sido conduzido de uma maneira que, no caso concreto, se revele incompatível com a intenção de submeter a pessoa à ação da justiça. (ESTATUTO DE ROMA, 2002)

O que acontece, portanto, não é a desconsideração da coisa julgada de um processo justo e livre, mas o julgamento de um caso que não foi julgado de forma justa e independente, não havendo, nesse sentido, ferido a cláusula da coisa julgada material interna, mas ao aperfeiçoamento da justiça em todos os âmbitos⁴⁶.

Outra antinomia aparente está na desconsideração da imunidade por foro de prerrogativa de função. A imunidade por foro de prerrogativa de função é prevista constitucionalmente no artigo 53 e internacionalmente tratada na Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, do ano de 1961, aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo n.º 103/64 e ratificada e promulgada pelo decreto n.º 56.435/65. O seu sentido é possibilitar o desempenho das funções que, por sua peculiar relevância e importância para o Estado, necessitam de uma garantia de estabilidade. A sua manjedoura, a Convenção de Viena de 1961, já aponta que o seu sentido é diametralmente oposto à proteção especial de cometimentos dos delitos internacionais. Aliás, os delitos de que cuida o Estatuto de Roma são cometidos, quase sempre, por aqueles que gozam de uma proteção da imunidade por foro de prerrogativa de função. Entretanto, nesse sentido, proteger não é o escopo da previsão internacional, nem da proteção constitucional:

Portanto, as imunidades ou privilégios especiais que possam ser concedidos aos indivíduos em função de sua condição como ocupantes de cargos ou funções estatais, seja segundo o seu direito interno, seja segundo o Direito Internacional, não constituem motivos que impeçam o Tribunal de exercer q sua jurisdição em relação a tais assuntos. O Estatuto elide qualquer possibilidade de invocação da imunidade de jurisdição por parte daqueles que cometeram genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra ou agressão. Assim, de acordo com essa nova sistemática, não podem os genocidas e os responsáveis pelos piores crimes cometidos contra a humanidade acobertar-se pela prerrogativa de foro, pelo fato de q iue exerciam uma função pública ou de liderança à época do delito (MAZZUOLI, 2018, p. 94)

⁴⁶ Nesse sentido: PEREIRA (2013), MAZZUOLI (2018), LOPES (2015).

E, por último, tem-se a impossibilidade de homologação da sentença do Tribunal (Corte) pelo Superior Tribunal de Justiça. Essa última questão é ainda mais simples, pois a necessidade de homologação é da sentença estrangeira, e não da sentença internacional:

Há, pois, nítida distinção entre as sentenças estrangeiras (afetas à soberania de determinado Estado) às quais a Constituição Federal faz referência, e as sentenças internacionais, proferidas por tribunais internacionais que não se vinculam à soberania de nenhum Estado, tendo, pelo contrário, jurisdição sobre o próprio Estado. No caso do Brasil, o Superior Tribunal de Justiça não tem competência constitucional, e tampouco legal, para homologar sentenças proferidas por tribunais internacionais, que decidem acima do pretense poder soberano estatal, e têm jurisdição sobre o próprio Estado. Também não tem competência para aprovar (por meio da concessão do *exequatur*, nos termos do art. 105, I, *i*) a execução interna de quaisquer decisões interlocutórias (que não põem fim ao processo) emanadas de tribunais internacionais. 4 Uma ordem do Tribunal Penal Internacional de entrega de um nacional para julgamento está dispensada da concessão do *exequatur* pelo STJ, pelo mesmo motivo que dispensa a homologação das sentenças internacionais, qual seja, a falta de competência constitucional do STJ para decidir em relação a sentenças ou decisões internacionais. O próprio Supremo Tribunal Federal, quando era competente para a homologação de sentenças estrangeiras, antes da entrada em vigor da Emenda 45/2004, já tinha se manifestado no sentido de que a enumeração de sua competência constitucional é *numerus clausus* e não pode ser ampliada. 5 Pensar de outra maneira é subversivo dos princípios internacionais que buscam reger a sociedade dos Estados em seu conjunto, com vistas à perfeita coordenação dos poderes dos Estados no presente cenário internacional de proteção de direitos. (MAZZUOLI, 2018, p. 95)

Conclui-se, assim, que as antinomias tratadas até aqui, quais sejam: entrega e extradição, imprescritibilidade dos delitos previstos no Estatuto de Roma, a possibilidade de julgamento de casos já transitados em julgado com resolução de mérito no ordenamento interno, a desconsideração da imunidade por foro de prerrogativa de função e a impossibilidade de homologação da sentença da Corte Penal Internacional pelo Superior Tribunal de Justiça. São antinomias, apenas, aparentes.

Situação diversa se verifica no conflito entre a Constituição Federal brasileira que veda tal modalidade de pena (art 5º, XLVII, b) e a pena de prisão perpétua, prevista no artigo 77 do Estatuto de Roma para a Corte Penal Internacional, que assim dispõem:

Capítulo VII

As Penas

Artigo 77

Penas Aplicáveis

1. Sem prejuízo do disposto no artigo 110, o Tribunal pode impor à pessoa condenada por um dos crimes previstos no artigo 5º do presente Estatuto uma das seguintes penas:

a) Pena de prisão por um número determinado de anos, até ao limite máximo de 30 anos; ou

b) Pena de prisão perpétua, se o elevado grau de ilicitude do fato e as condições pessoais do condenado o justificarem. (grifou-se)

Insta destacar a posição de Cachapuz de Medeiros, que entende não haver conflito, pois o mandamento constitucional estaria direcionado tão somente ao legislador pátrio:

Portanto, a interpretação mais correta a ser dada para o caso em comento é a de que a Constituição, quando prevê a vedação de pena de caráter perpétuo, está direcionando o seu comando tão somente para o legislador interno brasileiro, não alcançando os legisladores estrangeiros e tampouco os legisladores internacionais que, a exemplo da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, trabalham rumo à construção do sistema jurídico internacional. (CACHAPUZ DE MEDEIROS, 2000, p. 83.)

Tal posição é acompanhada por alguns outros autores na doutrina nacional, como Valério de Oliveira Mazzuoli (2018) e Sylvia Steiner:

Numa segunda ordem de reflexões, vejo que o constituinte, ao formular o elenco de direitos e garantias previsto no art. 5º, mais especificamente o regime penal contido nas regras dos incisos XLV, XLVI, XLVII, XLVIII e XLIX, não poderia ter em conta senão as relações entre o Estado, através de seus órgãos repressivos, e o indivíduo que, nos termos do princípio da territorialidade, houver cometido delito no território nacional ou nas suas extensões, como previsto em lei. As normas de direito penal da Constituição regulam o sistema punitivo interno. Dão a exata medida do que o constituinte vê como justa retribuição. Não se projeta, assim, para outros sistemas penais aos quais o país se vincule por força de compromissos internacionais. (STEINER, 2000, s.p.)

Para esses autores, não haveria conflito, podendo tal pena ser aplicada pelo Tribunal Penal Internacional:

Não haveria assim, nas disposições estatutárias, qualquer incompatibilidade com o texto da lei maior, na medida em que a proibição da pena de prisão perpétua restringiria o legislador interno, e tão somente ele. De outro lado, a afirmação do princípio da prevalência dos direitos humanos no plano internacional, e da disposição constitucional de se propugnar pela criação de um tribunal internacional de direitos humanos, levam ao entendimento de que as normas do Estatuto desse tribunal podem operar mutações substanciais no texto constitucional, que passa assim a abrigá-las sem a necessidade de qualquer alteração formal em seu texto, e sempre desde que se conformem com suas reservas materiais. (STEINER, 2000, s.p.)

Entretanto, tal hermenêutica, em face do que dispõe o texto constitucional, não parece ser viável. Não parece possível afirmar do texto constitucional vigente que a vedação à criação de pena perpétua se dirige apenas em relação ao legislador pátrio, sendo dessa sorte, sem mudança constitucional a determinar a quem aplica tal vedação, inconstitucional sua cominação no país por meio de tratado internacional.

De outra volta, Cançado Trindade dá solução diversa, pugnano pela aplicação da norma que seja mais favorável. Este é o seu escólio:

No presente domínio de proteção, não mais há pretensão de primazia do direito internacional ou do direito interno, como ocorria na polêmica clássica e superada entre os monistas e dualistas. No presente contexto, a primazia da norma mais favorável às vítimas, que a melhor as proteja, seja ela norma de direito internacional ou de direito interno. Este e aquele aqui interajem em benefício dos seres protegidos. É a solução expressamente consagrada em diversos tratados de direitos humanos, da maior relevância por suas implicações práticas. (CANÇADO TRINDADE, 2003, p. 542)

A posição trazida à baila pelo escólio de Cançado Trindade, que também ecoa em outras vozes da doutrina pátria, como da professora Flávia Piovesan (2009), é o meio utilizado nos

sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, como no âmbito da Corte Interamericana de Direitos e, especialmente, no Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

No entanto, tal solução necessita do reconhecimento por parte da Corte ou Tribunal que faz o julgamento do caso congresso, dos ordenamentos internos dos Estados-Partes como fontes de sua própria jurisdição. Para que exista uma ponderação de fontes com a escolha da norma mais favorável, é necessário, em primeiro lugar, que existam duas fontes que sejam reconhecidas no mesmo âmbito de jurisprudência. Isso é exatamente o que ocorre no sistema americano e europeu de proteção aos direitos humanos, mas o que não ocorre no caso da Corte Penal Internacional.

A Corte Penal Internacional, ao contrário dos Tribunais de Direitos Humanos, dos sistemas regionais de proteção dos Direitos Humanos, não reconhece como fontes de sua jurisdição os ordenamentos internos dos Estados-Membros. Nesse caminho, asseveram Henrique Duek Marques e Carolina de Souza Lima:

No entanto, o Tribunal Penal Internacional aplica as normas do Estatuto de Roma, e não a legislação interna de um determinado Estado signatário do tratado, como Estado brasileiro. Assim, apesar da norma da Constituição Brasileira ser a mais favorável, ela não pode ser aplicada pelo referido tribunal. (MARQUES; LIMA, 2008, p. 446).

Compulsando-se o Estatuto, é exatamente a inteligência que dele se extrai, senão veja-se:

Artigo 21

Direito Aplicável

1. O Tribunal aplicará:

- a) Em primeiro lugar, o presente Estatuto, os Elementos Constitutivos do Crime e o Regulamento Processual;
- b) Em segundo lugar, se for o caso, os tratados e os princípios e normas de direito internacional aplicáveis, incluindo os princípios estabelecidos no direito internacional dos conflitos armados;
- c) **Na falta destes**, os princípios gerais do direito que o Tribunal retire do direito interno dos diferentes sistemas jurídicos existentes, incluindo, se for o caso, **o direito interno dos Estados que exerceriam normalmente a sua jurisdição relativamente ao crime, sempre que esses princípios não sejam incompatíveis com o presente Estatuto, com o direito internacional, nem com as normas e padrões internacionalmente reconhecidos.**

Nota-se que o artigo 21, que trata do direito aplicável, elenca três tipos de fontes, as primeiras, as segundas e as que se aplicam somente na falta da primeira e da segunda. O direito interno dos Estados que exerceriam normalmente a sua jurisdição relativamente ao crime figura nessa categoria, e não naquelas se revelando, portanto, fontes apenas subsidiárias, e não fontes propriamente ditas, capazes de figurar em um conflito de fontes.

Conforme a redação clara do dispositivo, os ordenamentos internos só poderiam ser alegados no caso de matéria não tratada pelas fontes primárias e secundárias. No que concerne

à pena de prisão perpétua, há tratamento dado pelo próprio Estatuto de Roma, primeira fonte primária mencionada, o que evidencia a impossibilidade de uma ponderação entre o Estatuto e o ordenamento dos Estados-Partes nesse tocante, uma vez que, em tal situação, os ordenamentos dos Estados-Partes não são fontes aplicáveis.

Somente por esses argumentos, o afastamento da possibilidade de aplicação da norma mais favorável já estaria plenamente realizado, mas o Estatuto ainda vai mais longe ao dizer que as fontes da alínea c, como é o caso dos ordenamentos jurídicos dos Estados que exerceriam normalmente a sua jurisdição, se aplicam sempre que esses princípios não sejam incompatíveis com o presente Estatuto, o que mais uma vez, é o caso. Isso torna completamente inviável a aplicação da norma mais favorável.

É trazida à baila ainda pelo jurista alemão Kai Ambos a posição defendida por João Marcello de Araújo Junior⁴⁷, segundo a qual, diante da natureza dos crimes de competência da Corte Penal Internacional, sempre próximos à situação de guerra e à permissão constitucional pátria de pena de morte em caso de guerra declarada, que, tendo em vista que quem pode mais pode menos, e sendo a pena perpétua menos gravosa que a pena capital, seria possível a aceitação da primeira pelo Estado brasileiro. Veja-se:

Afirmou que não havia por que se falar em alteração constitucional, pois o art. 5 inc. XLVII, da Constituição da República, em sua alínea a, admite a possibilidade de pena de morte em caso de guerra declarada. E explicitou seu pensamento asseverando que os crimes de competência do Tribunal – genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e agressão – são característicos dos períodos de guerra ou conflitos armados. Assim, quem pode o mais, pode o menos. Se a Constituição, em caso de guerra, admite a pena de morte, que é mais grave que a perpétua, esta seria perfeitamente admissível nos casos da prática de crimes característicos dos conflitos armados. Frisou ainda que, embora a interpretação literal da Constituição da República não concedesse essa exceção à proibição de pena de caráter perpétuo, impor-se-ia a combinação do diploma internacional à ordem jurídica interna, única forma de permitir a efetivação de uma jurisdição penal internacional que protegerá os direitos humanos. (AMBOS, 2006, p. 90)

Há de se registrar que a lógica do que pode mais pode menos poderia esbarrar na questão de não ser uníssono o sentido de a pena de morte ser mais grave do que a pena perpétua:

A pena de prisão perpétua é apenas aparentemente menos gravosa do que a pena de morte. Pode até ser menos *cruenta*, menos *selvagem*, mais é tão *cruel* quanto a última. Ambas *aniquilam* o ser humano igualmente. Certamente causa ainda mais sofrimento do que a pena capital, pela sua *continuidade*, *perenidade* e pela *ausência de perspectiva* para o condenado. (SGARBOSSA; JENSEN, 2006, s.p.)

⁴⁷ Kai Ambos apresenta a ideia de Marcello de Araújo Junior em: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; WOISCHNIK, Jan (coords.). **Dificuldades jurídicas e políticas para a ratificação ou implementação do Estatuto de Roma da Corte Penal Internacional: contribuições da América Latina e Alemanha**. São Paulo: IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2006, p. 90. Posição defendida durante o “Segundo Encontro de Direito Penal e Processo Penal da Universidade do Grande Rio “Professor José de Souza Herdy””, realizado no teatro do Palácio Quintandinha, em Petrópolis, Estado do Rio de Janeiro, no dia 2 de outubro de 1999.

Prosseguem os autores:

De se lembrar, inclusive, que, ao passo que nosso ordenamento prevê, ainda que excepcionalmente, uma reminiscência de pena de morte no direito militar, em tempo de guerra – CR, art. 5º, XLVII, "a", *in fine*, veda terminantemente e *sem exceções* a prisão perpétua – CR, art. 5º, XLVII, "b", o que poderia mesmo justificar uma interpretação juridicamente plausível de que *esta última foi considerada, pelo Constituinte, ainda mais grave que a primeira*, e que, *se houvesse a possibilidade de exceção em relação à mesma, esta estaria prevista expressamente na Carta Política*, como no caso da pena capital. (SGARBOSSA; JENSEN, 2006, s.p.)

De qualquer modo, não parece válido o argumento de que, sendo prevista a pena de morte no Brasil, necessário seria aceitar a pena de prisão perpétua, que é menos gravosa. Isso porque a pena de morte só é vigente em tempos de guerra; e os crimes previstos no Estatuto de Roma podem ser praticados fora do âmbito de decretação desse período (LOPES, 2015)

Para outros autores, como Carlos Eduardo Adriano Japiassú (2004) e os já registrados, Luís Fernando Sgarbossa e Geziela Jensen (2006), há, de fato, antinomia real, pois insuperável é o conflito.

Esses alertam:

Mais uma vez, *de forma contraditória com suas próprias finalidades* e com os objetivos a que se propõe, o Estatuto de Roma foi mais severo e gravoso, em relação a direitos fundamentais, do que as próprias legislações internas precedentemente editadas. (SGARBOSSA; JENSEN, 2006, s.p.)

Uma vez entendido pelo conflito real, a solução jurídica do problema fica descartada, podendo restar a solução política. Mas, sobre o conflito em questão, esbarra-se no problema do caráter pétreo da norma constitucional de vedação à pena perpétua. “Note-se que essa disposição, elencada no rol dos direitos e garantias individuais, por se tratar de cláusula pétrea, não pode ser alterada conforme se depreende da leitura do §4º, IV, do art. 60 da Constituição Federal” (BARREIROS, 2020).

O Estado brasileiro, portanto, não poderia cumprir o compromisso internacional. Nesse sentido, Sgarbossa e Jensen afirmam:

Assim sendo, embora do texto expresso do instrumento internacional em análise se infira, indubitavelmente, a impossibilidade de *reservas*, em sentido próprio e técnico, ao mesmo, resta sempre possível a recusa da execução de disposições do tratado porventura incompatíveis com a Carta Magna pelo próprio Poder Executivo, por malferimento aos preceitos constitucionais pátrios ^[25], bem como a declaração de inconstitucionalidade, pelo Poder Judiciário, em casos análogos. (SGARBOSSA; JENSEN, 2006, s.p.)

A consequência seria indubitavelmente o cometimento de um ilícito internacional por parte do Estado brasileiro, mas é uma conservação da norma constitucional originária e pétrea, “o que constituiria, indubitavelmente, ilícito internacional em razão de ter o país ratificado o

instrumento, mas solução que se-nos afigura menos gravosa do que rasgar a Constituição.” (SGARBOSSA; JENSEN, 2006, s.p.)

Do exame dialético feito nas linhas precedentes, resta aceitar que se trata, de fato, de um conflito real. Mostra-se como alternativa possível para a compatibilização, apenas a alteração de uma ou outra fonte (internacional ou interna).

Posta a antinomia entre a Convenção de Roma do Tribunal (Corte) Penal Internacional (1998) e a Constituição Federal brasileira (1988), no que concerne à pena de prisão perpétua, é imperioso estudar as funções da pena antes de se propor alternativa ao conflito.

3.5 A INAPLICABILIDADE DA PRISÃO PERPÉTUA SOB A PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

Na tradição constitucional brasileira, como tratado no subitem 2.1 do presente estudo, a pena de prisão perpétua se viu proibir pela Carta Política de 1934. Posteriormente, as constituições de 1937, 1946 e 1967 mantiveram a mesma proibição. Já em 1969, a Emenda Constitucional n.º 1 – que operou reformas tão profundas e que ficou conhecida como Constituição de 1969 – reinseriu, na ordem constitucional brasileira, a possibilidade de pena de prisão perpétua. Depois, foi somente no ano de 1979, com outra emenda, a Emenda Constitucional n.º 11, que a prisão perpétua novamente foi espancada do ordenamento constitucional. Por fim, a Constituição Cidadã de 1988 é vigorosa em proibir qualquer modalidade de pena perpétua, sendo robustamente proibida no país.

Entre os três códigos penais que vigoraram por aqui, somente o de 1830 previa a pena de prisão perpétua, não tendo sido prevista tal modalidade no Código Penal de 1890, tampouco no de 1940. Dessarte, até a reforma de 1984, havia a possibilidade de prisão perpétua informal por meio da somatória de pena e medida de segurança, no sistema duplo-binário, possibilidade que também foi rechaçada pela reforma. Atualmente, o Código Penal brasileiro não contempla oficialmente a pena de prisão perpétua, entretanto a reforma de 2019 aumentou a pena máxima de prisão de 30 para 40 anos, o que, para parte da doutrina, se revela uma pena de prisão perpétua de fato, conforme já explanado.

Quanto às teorias do direito internacional, monismo, dualismo e pluralismo, o Brasil adotou o dualismo quanto aos tratados de direito comum e o monismo quanto aos tratados internacionais de direitos humanos, sendo possível, nesse último caso, a depender do âmbito de aplicação, a solução por via da teoria pluralismo.

Os tratados internacionais de direitos humanos têm hierarquia material e formalmente constitucional quando incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro em observância à regra do parágrafo 3º, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, e materialmente constitucional, mas não formalmente constitucional (posição doutrinária) ou supralegal (conforme a atual posição do Supremo Tribunal Federal) quando não observe o rito previsto.

O Supremo Tribunal Federal entende que os tratados internacionais de direitos humanos que não forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão supralegais. Dessa forma, estariam acima das leis federais, derogando as leis anteriores em sentido contrário e devendo ser observados pelas leis posteriores, mas estando abaixo das normas constitucionais. Dessa forma, quando a norma de um tratado internacional de direitos humanos não aprovado pelo referido quórum conflitar com norma constitucional, aquela deverá ser afastada, padecendo de vício de inconstitucionalidade.

Quanto aos possíveis conflitos entre a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto de Roma para o Tribunal Penal Internacional, se conclui que apenas um é um conflito real, o conflito atinente à pena de prisão perpétua.

A alínea “b”, do inciso XLVI, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, colide com a alínea “b”, do artigo 77.1, do Estatuto.

Assim, na primeira possibilidade, a supralegalidade do Estatuto implicaria inconstitucionalidade do Estatuto, o que, por consequência, acarretaria a necessidade de denúncia desse por parte do Estado brasileiro ou a não entrega do indivíduo que se encontrasse no país para o julgamento do Tribunal Penal Internacional. Vale observar que a não entrega faria, via de consequência, com que o Estado incorresse em ilícito internacional, a não ser que outro instituto de direito internacional pudesse elidir a aplicação da pena de prisão perpétua por parte do Tribunal, o que se pretende demonstrar nas conclusões deste trabalho.

Na outra possibilidade, a constitucionalidade do Estatuto significaria conflito de duas normas constitucionais. Quanto aos tratados internacionais de direitos humanos, se vê que, na ordem constitucional brasileira, se adota a teoria monista. Entretanto, a corrente adotada aqui é o monismo com prevalência de direito interno, o que levaria à mesma conclusão conflitual da supralegalidade. Isto é, levaria à inconstitucionalidade do tratado com a necessidade de denúncia desse.

Insta salientar, como exposto no subitem 2.2, que não se pode falar em aplicação do pluralismo jurídico, isso porque a norma do Estado-Parte não é fonte para o julgamento no Tribunal Penal Internacional. Destaca-se que as fontes válidas no âmbito da Corte são o

Estatuto, os elementos constitutivos do crime e o regulamento processual; e, em segundo lugar, os tratados, os princípios e as normas de direito internacional aplicáveis. Somente poder-se-iam aplicar os princípios gerais retirados do direito interno na falta das fontes arroladas.

Nesse sentido:

No entanto, o Tribunal Penal Internacional aplica as normas do Estatuto de Roma, e não a legislação interna de um determinado Estado signatário do tratado, como Estado brasileiro. Assim, apesar da norma da Constituição Brasileira ser a mais favorável, ela não pode ser aplicada pelo referido tribunal. (MARQUES; LIMA, 2008, p. 446).

Já no tangente às antinomias entre o texto estatutário e a Constituição de Estado-Membro, é tautológico que não se está diante da “falta” das fontes primárias, no caso, do Estatuto. Pelo contrário, por definição, antinomia é contrariedade, e não omissão ou falta.

E mais, o *infine* da alínea “c”, do artigo 21, do Estatuto de Roma, diz que a subsidiária aplicação do direito interno se dará “sempre que esses princípios não sejam incompatíveis com o presente Estatuto”. Ora, se há antinomia, há incompatibilidade.

Como se viu no estudo do artigo 21 do tratado, se extrai a inteligência de que os ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros não são fontes primárias para a Corte Penal Internacional e, como fontes secundárias, não podem ser utilizadas quando contrárias às fontes primárias, somente podendo ser utilizadas para preenchimento de lacunas quando as fontes primárias não forem suficientes.

Nessa esteira, do prisma do Tribunal, não é possível utilizar o pluralismo jurídico, norteado pelo princípio *pro homine*, pois não existem duas fontes igualmente reconhecidas para serem “balanceadas”, sendo as normas internas dos Estados-Membros fontes secundárias. Elas somente podem ser aplicadas quando não forem contrárias às normas do próprio Estatuto. Tal circunstância inviabiliza a aplicação do pluralismo jurídico.

Desse modo, a pena de prisão perpétua é internamente inconstitucional, porém, estando inserida no ordenamento jurídico brasileiro com a ratificação da Convenção de Roma para o Tribunal Penal Internacional, que é tratado internacional de direitos humanos, não se pode aplicar o pluralismo jurídico, o que acarreta um conflito entre as normas constitucional e estatutária.

O conflito se daria, portanto, entre uma norma de *status* supralegal (Convenção de Roma) e a Constituição Federal ou entre duas normas de hierarquia constitucional, o tratado materialmente constitucional e a Constituição.

Tendo o Brasil adotado, quanto aos tratados de direitos humanos, a teoria monista com prevalência de direito internacional, a Convenção de Roma para o Tribunal Penal Internacional

padeceria de invalidez. De outro modo, ao não cumprir as normas do Estatuto, o Brasil incorreria em ilícito internacional.

No entanto, defende-se, ao fim deste trabalho, a aplicação de um princípio geral de direito internacional a elidir tal conflito.

4. A PENA DE PRISÃO PERPÉTUA NO TPI

O Estatuto de Roma para o Tribunal Penal Internacional, ao tratar das penas, utilizou-se de uma técnica diversa da corrente no Brasil. Por aqui, em geral, os tipos penais são compostos por um preceito primário, que define a conduta proibida, e se segue a ele um preceito secundário, específico para o delito que se definiu. Diversamente, o Estatuto fez a previsão dos tipos penais no artigo 5º, definindo os preceitos primários nos artigos 6º (genocídio), 7º (crimes contra a humanidade), 8º (crimes de guerra) e 8º bis (crime de agressão) e instituiu o preceito secundário no artigo 77.

No artigo 77, se lê: “1, a) pena de prisão por um número determinado de anos, até ao limite máximo de 30 anos; ou b) pena de prisão perpétua, se o elevado grau de ilicitude do fato e as condições pessoais do condenado o justificarem”.

É importante recordar que, na Convenção de Roma de 1998, em que o texto do Estatuto foi aprovado, defendeu-se sanção ainda mais grave: a pena de morte. Luis Eduardo Adriano Japiassú, mencionando a formação do grupo que defendia a imposição da pena capital, informa que, na base da argumentação desses, estava o argumento da existência da sanção em seus ordenamentos internos:

De um lado, Estados como Ruanda, Arábia Saudita e outros países árabes, Serra Leoa, Cingapura, Trinidad e Tobago, além dos caribenhos, que propugnavam pelo estabelecimento da pena de morte, por considerarem-na indispensável para que se legitime a própria jurisdição penal internacional.

Mais que isso, por haver previsão em sua legislação interna, sustentou-se, mesmo, que se o Tribunal não a adotasse, estaria iniciando um procedimento de descrédito dessa pena, o que afetaria diretamente tais Estados. (JAPIASSÚ, 2004, p. 195)

A brasileira, ex-juíza do Tribunal, Sylvia Steiner também registra que, embora não constasse do projeto elaborado pela Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas, o debate sobre a pena de morte foi feito na Conferência de Roma. Por sua vez, Steiner explica que outro ponto argumentativo foi a gravidade dos delitos que seriam julgados pelo Tribunal ora em criação e uma suposta inexistência de costume internacional que vedasse a reprimenda:

Não vejo outro motivo para a discussão que se abriu, no seio da Comissão Ad Hoc e depois do Comitê Preparatório, à vista do projeto elaborado pela Comissão de Direito Internacional da ONU, o qual não previa a pena de morte. Muitas das delegações sustentavam, e isso prosseguiu inclusive nas discussões havidas durante a Conferência de Roma, que sem a possibilidade de se aplicar a pena de morte os objetivos e a credibilidade da Corte seriam abalados. Seu ponto de apoio era a sustentação do fato de que a gravidade dos crimes a serem julgados pela Corte seria reforçada com a previsão da pena de morte. Insistiam essas delegações em que não havia nenhuma

proibição, sequer recomendação contra a pena de morte, derivada dos costumes de direito internacional. A pena de morte seria, na perspectiva dessas delegações, a pena justa. (STEINER, s.a, sp.)

Em outro vértice, Adriano Japiassú menciona a formação de um grupo em sentido contrário, formado pelos países signatários de convenções de direitos humanos que se comprometiam a abolir as penas cruéis e inumanas:

De outro, haviam Estados que eram veementemente contrários à inclusão da pena capital. Dentre esses, destacavam-se os signatários do 2º Protocolo Opcional à Convenção Internacional sobre Direitos Humanos, de 1989. Também foi firmado que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969, expressamente a proíbe. Além desses, foram levantadas muitas outras questões que se oporiam à inclusão de sanção tão grave e mesmo alguns, como Estados Unidos, que, em sua legislação interna a admitem, se opuseram à sua inclusão no Estatuto, o que acabou por prevalecer. (JAPIASSÚ, 2004, p. 196)

Sylvia Steiner aponta, quanto à formação do grupo contrário à pena de morte, no sentido de que os países de *civil law*, em vista de suas tradições mais utilitaristas em relação aos fins da pena e em respeito aos compromissos internacionais firmados no sentido de abolir a pena de morte, não poderiam ratificar o Estatuto se nele estivesse presente tal sanção:

De outro lado, os delegados de países com sistemas mais assentados na civil law, e que portanto têm uma visão diferente das finalidades da pena - muito mais num sentido utilitário do que retributivo - invocaram o fato de que, quer países signatários do Protocolo Adicional ao Pacto de Direitos Cívicos e Políticos, quer os países americanos signatários da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e os europeus signatários da Convenção Européia, tinham um compromisso internacional no sentido da abolição da pena de morte, ou ao menos de sua não extensão a outros delitos. A prevalecer a previsão de tal pena no Estatuto, não poderiam eles ser signatários da Convenção de Roma, nem tampouco colaborar com a obrigação da entrega de pessoas à Corte se esta pudesse condená-los à pena de morte. (STEINER, sa., sp.)

Restou vitorioso o segundo grupo, ficando fora do texto do Estatuto a pena de morte. Entretanto, nova discussão se instalou no sentido da aprovação de pena de prisão perpétua. As delegações que defenderam a pena de morte, no primeiro momento, se rearticularam para que fosse aprovada a pena de prisão perpétua:

Como também se discutia a inclusão da pena de prisão perpétua, esta sim prevista no projeto da Comissão de Direito Internacional, algumas delegações entenderam que a manutenção deste tipo de pena seria necessária, no sentido de mostrar, às delegações que insistiam na inclusão da pena morte, alguma flexibilidade, para alcançar-se um acordo. Ressalte-se que discussões sobre a pena de prisão perpétua têm sido tema frequente, mesmo porque há considerável doutrina que considera tal punição contrária ao princípio de humanidade das penas, defendido nas instâncias internacionais. (STEINER, ano, sp.)

Como exposto no trecho anterior, em busca de um consenso para a aprovação do texto do tratado, delegações que foram firmes contra a pena de morte acabaram cedendo à pressão

do grupo que, vencido no debate da pena de morte, insistia de forma veemente na aprovação da pena de prisão perpétua, que restou aprovada.

A aprovação da pena de aprisionamento vitalício, no entanto, foi prevista apenas em caráter de exceção e com cláusula de revisão:

Destarte, embora o consenso tenha se tornado impossível, a sanção ora em cotejo foi, de certa maneira, abrandada, pela inclusão de sua revisão obrigatória ao cabo de vinte e cinco anos, conforme o artigo 110 do Estatuto de Roma.

No caso da revisão não determinar a modificação da pena, o mesmo dispositivo, estabelece a necessidade de revisões periódicas, para, conforme o caso, modificar a pena inicialmente aplicada.

Ademais, foi determinado que tal sanção penal somente seria aplicada se estivessem presentes duas circunstâncias particularmente relevantes: a extrema gravidade do crime e pelas circunstâncias pessoais do condenado.

Assim, embora determinada a possibilidade de prisão perpétua, o Estatuto fez dela uma exceção e não a regra geral, devendo, portanto, somente ser aplicada em situações absolutamente drásticas (JAPIASSÚ, 2004, p. 200)

A excepcionalidade e a possibilidade de revisão, entretanto, não mudam o fato de o Estatuto ter optado por uma pena que vem na contramão dos avanços dos direitos humanos. Insta salientar que os compromissos internacionais alegados para não se admitir a pena de morte são compromissos que reconhecem o princípio da dignidade humana e a abolição não só da pena de morte, mas de toda pena cruel e inumana. Importa adiantar que, em especial, o Pacto sobre Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana de Direitos Humanos determinam que a pena tenha como finalidade principal a ressocialização e reinserção do apenado na sociedade. No tópico que se segue, será tratado desse ponto.

4.1 A PRISÃO PERPÉTUA NO DIREITO PENAL INTERNACIONAL E OS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS EM ARTICULAÇÃO INTERNACIONAL

Embora a pena de prisão perpétua tenha sido prevista no Estatuto de Roma para o Tribunal Penal Internacional, a comunidade internacional no Pós-Segunda Guerra Mundial tem eivado grandes esforços para abolir todo tipo de pena cruel. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, com o reconhecimento da dignidade humana, é o marco inicial de tal movimento. Após ela vários compromissos, no mesmo sentido, foram pactuados:

Os direitos civis e políticos em particular logo se refletiram em uma série de instrumentos internacionais com claras implicações para a punição, aos quais tendiam a se referir diretamente. Em 1946, a Declaração Universal dos Direitos Humanos reconheceu a importância da dignidade humana (Artigo 1) e uma série de outros direitos, incluindo a proibição da tortura e penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes (Artigo 5). Esse apelo teve eco em proibições semelhantes de penas ou tratamentos desumanos e degradantes nas convenções regionais de direitos humanos: no Artigo 3 da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos (1950), no Artigo 5 da

Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969) e em Artigo 3 da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (1981). (SMIT; APPLETON, 2018, p. 12)⁴⁸ (Traduziu-se)

Tendo como base a liberdade como um dos mais essenciais direitos humanos, não se pode olvidar da desumanidade da pena de prisão perpétua, pois essa tem o condão não de suspender, mas de aniquilar o direito de liberdade. Além da importância global da Declaração dos Direitos do Homem (1948), o Brasil ainda é signatário da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (decreto n.º 40, de 15 de fevereiro de 1991), do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (decreto n.º 592, de 6 de julho de 1992.), e do Pacto de São José da Costa Rica (decreto n.º 678, de 6 de novembro de 1992).

Embora as duas primeiras não falem especificamente da prisão perpétua, não há dúvidas de que essa esteja proibida em seu âmbito de proteção. Em artigo intitulado de “*Prisión perpetua y dignidad humana. Una reflexión tras la muerte de Manuel Contrera*”, Silvio Cuneo Nash afirma, como razão, o caráter de tortura e mesmo de morte da pena de prisão perpétua:

No entanto, o que estamos procurando com este artigo é uma argumentação completa dos fundamentos das penalidades em um estado de direito. Assim como para nós nem a pena de morte nem a tortura são compatíveis com o respeito pela dignidade humana, também não acreditamos que a prisão perpétua (que é a tortura e a pena de morte) possa ser imposta sem violar a dignidade da pessoa condenada. (CUNEO, 2016, p. 2)⁴⁹ (Traduziu-se)

O autor avança ainda afirmando, mais uma vez com razão, a radical inumanidade da pena de prisão perpétua, asseverando que a reprimenda de vida só pode se basear em uma crença de que existem seres humanos que não são pessoas, o que só seria possível em um direito penal do inimigo:

Por esse motivo, as penas perpétuas são inadmissíveis, devido à sua desumanidade radical, enquanto a pessoa se inscreve como fim, e não como meio, no conceito de retribuição. Essa concepção se opõe tanto àqueles que propõem, justificam ou legitimam abordagens que concebem a existência de seres humanos que não são

⁴⁸ Civil and political rights in particular were soon reflected in a range of international instruments with clear implications for punishment, to which they tended to refer directly. In 1946, the Universal Declaration of Human Rights recognized the importance of human dignity (Article 1) and a range of other rights, including the prohibition of torture and cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment (Article 5). This call was echoed in similar prohibitions on inhuman and degrading treatment or punishment in regional human rights conventions: in Article 3 of the European Convention on Human Rights (1950), in Article 5 of the American Convention on Human Rights (1969), and in Article 3 of the African Charter on Human and Peoples’ Rights (1981). (SMIT; APPLETON, 2018, p. 12)

⁴⁹ *Sin embargo, lo que buscamos con este artículo es una argumentación concienzuda de los fundamentos de las penas en un Estado de derecho. Así como para nosotros ni la pena capital ni la tortura son compatibles con el respeto por la dignidad humana, tampoco creemos que la prisión perpetua (que es tortura y pena de muerte) pueda imponerse sin vulnerar la dignidad del condenado.* (CUNEO, 2016, p. 2)

peessoas, quanto a uma suposta lei penal do inimigo. (CUNEO, 2016, p. 9)⁵⁰ (Traduziu-se)

O espanhol Cuerda traz ao debate um importante julgamento do Tribunal Europeu de Direitos Humanos:

Os criminologistas referem-se às diferentes funções tradicionalmente atribuídas à pena e que incluem, designadamente, a punição justa, a dissuasão, a proteção da sociedade e a reintegração, como o evidenciam especialmente os instrumentos jurídicos elaborados sob a égide do Conselho da Europa. Reconhecida no passado como meio de prevenir a reincidência, a reintegração, segundo uma concepção mais recente e positiva, implica antes a ideia de uma reabilitação social para a promoção da responsabilidade pessoal. Este objetivo é reforçado pelo desenvolvimento do princípio da progressão ”: à medida que cumpre a pena, o recluso deve progredir no sistema prisional, passando pelo período inicial de privação de liberdade, no qual pode ser dada ênfase à punição e repressão , até as fases posteriores da pena de prisão, que deve priorizar a preparação para a libertação (CUERDA, 2011, pp. 59-62)⁵¹ (Traduziu-se).

Aliás, a doutrina espanhola vai nesse sentido, ou seja, afirmar o caráter de que a pena de prisão perpétua contraria os direitos humanos. L. Arroyo, J. Lascurain e M. Pérez têm defendido que aprisionar a pessoa perpetuamente é privar a sua dignidade e sua própria condição humana:

Negar indefinidamente ao preso a liberdade é negar-lhe a condição de pessoa, de membro de uma comunidade social e política e, portanto, significa privá-lo de sua dignidade e condição humana. Ao revogar o atributo essencial inerente à sua condição humana, o prisioneiro é reduzido a um mero ser biológico, ao seu substrato físico. Por isso, a prisão perpétua é para a pessoa o que a pena de morte é para o seu substrato biológico: um instrumento de sua destruição permanente. [...] A prisão permanente é uma pena qualitativamente diferente da pena de Prisão, pois não apenas restringe a liberdade do recluso, é um castigo corporal, pois prejudica mental e fisicamente a pessoa. [...] A prisão permanente não é, então, apenas uma pena que priva a liberdade do recluso, é um castigo corporal que corta as capacidades mentais do preso, assim como as mutilações cortam outras partes ou funções do corpo humano. A prisão permanente supõe uma mudança qualitativa no conteúdo e na natureza da prisão porque não é apenas efeitos possíveis, mas certos e irreversíveis (ARROYO, LASCURAIN; PÉREZ. 2016, pp. 29-32)⁵² (Traduziu-se).

⁵⁰ *Por eso las penas perpetuas son inadmisibles, por su radical inhumanidad, al paso que en el concepto de retribución está inscrita la persona como fin, no como medio. Esta concepción se opone tanto a quienes proponen, justifican o legitiman planteamientos que conciben la existencia de seres humanos que no sean personas como a un pretendido Derecho penal del enemigo.* (CUNEO, 2016, p. 9)

⁵¹ *Los criminólogos se refieren a las diferentes funciones asignadas tradicionalmente a la pena y que incluyen, concretamente, el justo castigo, la disuasión, la protección de la sociedad y la **reinserción**, como demuestran especialmente los instrumentos jurídicos elaborados bajo la égida del Consejo de Europa. **Reconocida en otros tiempos como un medio para prevenir la reincidencia, la reinserción, según una concepción más reciente y positiva, implica más bien la idea de una readaptación social para la promoción de la responsabilidad personal.** Este objetivo se ve reforzado por el desarrollo del principio de progresión ”: a medida que cumple su pena, un recluso debería progresar a través del sistema penitenciario, pasando por el periodo inicial de privación de libertad, en el que se puede poner el acento en el castigo y la represión, hasta las fases posteriores de la pena de prisión, las que se debería privilegiar la preparación para la puesta en libertad* (CUERDA, 2011, pp. 59-62).

⁵² *Negar la libertad de forma indefinida al reo es negarle su condición de persona, de miembro de una comunidad social y política, y por tanto, **supone privarle de su dignidad y condición humana.** Al revocarle el atributo esencial inherente a su condición humana, el penado queda reducido a mero ser biológico,*

Na Colômbia, Omar Huertas Díaz e Carolina Amaya Sandoval lecionam que “essa medida, a pena de prisão perpétua além de não suprir os fins próprios da pena é uma forma de violação da dignidade humana”⁵³ (Traduziu-se) Na esteira dos debates nos órgãos internacionais, relatam sobre os trabalhos do Comitê de Prevenção de Tortura do Conselho Europeu e da ONU:

[...] a duração da detenção não deve exceder continuamente quinze anos. A partir dessa época, começam a aparecer graves transtornos de personalidade - perda da autoestima, deterioração das habilidades sociais, perda dos laços familiares - que são muito difíceis de reparar. Numerosos episódios de redução das funções vitais, desenvolvimento patológico da personalidade e alto nível de psicoticismo têm sido descritos, bem como processos de regressão a fases da infância e outros tipos de disfunções, e aumento significativo nas taxas de suicídio. Além disso, a expectativa de vida dos presos na prisão é consideravelmente menor do que a dos cidadãos em liberdade, especificamente, geralmente não ultrapassa os 65 anos de idade. (HUERTAS; AMAYA. 2020, p. 119)⁵⁴ (Traduziu-se)

Nas conclusões do artigo “*Contra la implementación de la pena de prisión perpetua en Colombia: una cuestión de principios*”, são categóricos em afirmar:

Portanto, faz-se um apelo à racionalização do debate e à oposição da sociedade a uma medida inconstitucional e violadora da dignidade humana que, entre outras coisas, constitui uma forma de tratamento desumano e cruel. (HUERTAS; AMAYA. 2020, p. 119)⁵⁵ (Traduziu-se).

No mesmo sentido, A. Pardo, A. Moncayo e A. Olarte militam ser flagrante que a pena de prisão perpétua atenta contra a dignidade humana, nos seguintes termos:

No entanto, a pena de prisão perpétua viola de forma flagrante a dignidade humana, entendida como “o valor moral inerente a cada pessoa humana e, por outro lado, implica o reconhecimento de que cada pessoa é autônoma e autodeterminada.

a su sustrato físico. Por ello, la prisión de por vida es a la persona lo que la pena de muerte es a su sustrato biológico: un instrumento para su destrucción permanente.[...] La prisión permanente es una pena cualitativamente distinta a la pena de prisión, pues no solo restringe la libertad del reo, es una pena de naturaleza corporal, dado que menoscaba psíquica y físicamente a la persona.[...] La prisión permanente no es, entonces, tan solo una pena que priva de su libertad al reo, es una pena corporal que cercena las capacidades psíquicas del reo, como las mutilaciones cercenan otras partes o funciones del cuerpo humano. La prisión permanente supone un cambio cualitativo en el contenido y naturaleza de la prisión porque no se trata de efectos solo posibles, sino ciertos e irreversibles (ARROYO, LASCURAIN; PÉREZ. 2016, pp. 29-32).

⁵³ “esa medida, la pena de prisión perpetua además de no suplir los fines propios de las penas es una forma de violación a la dignidad humana” (HUERTAS; AMAYA. 2020, p. 113).

⁵⁴ [...] la duración de la reclusión no debe superar de forma continuada los quince años. Por encima de ese tiempo comienzan a aparecer graves trastornos en la personalidad –pérdida de la autoestima, deterioro de las habilidades sociales, pérdida de los vínculos familiares–, muy difíciles de reparar. Se han descrito numerosos episodios de reducción de las funciones vitales, de desarrollo patológico de la personalidad y alto nivel de psicoticismo, así como procesos de regresión a estadios infantiles y otros tipos de disfuncionalidades, y un aumento significativo de las tasas de suicidio. Además, la esperanza de vida de los penados a prisión es bastante más baja que la de los ciudadanos en libertad, concretamente no suele superar los 65 años de edad. (HUERTAS; AMAYA. 2020, p. 119).

⁵⁵ Por ello, se hace un llamado a la racionalización del debate, y para que la sociedad se oponga ante una medida que resulta inconstitucional y atentatoria de la dignidad humana que, entre otras cosas, constituye una modalidad de tratos inhumanos y crueles. (HUERTAS; AMAYA. 2020, p. 119).

Segundo os seus próprios desígnios” (PARDO; MONCAYO; OLARTE, 2019, p. 38)
⁵⁶(Traduziu-se).

Os quatro tratados internacionais citados e que têm força vinculativa em relação ao Brasil reconhecem a dignidade da pessoa humana e proíbem as penas desumanas, o que, per si, deve afastar a possibilidade de submissão à pena de prisão perpétua. Mas o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto de São José da Costa Rica ainda vão além, no sentido de que a prisão deve ter por fim a reabilitação do apenado.

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, em seu artigo 10, 3, diz: “O regime penitenciário consistirá num tratamento cujo objetivo principal seja a reforma e a reabilitação normal dos prisioneiros”. (Decreto n.º 592, de 6 de julho de 1992.)

Do mesmo modo, no item 6 do seu artigo 5º, da Convenção Interamericana, se lê: “as penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados”.

A pena de caráter perpétuo, como demonstrado nos subitens 2.2 e 2.5 deste trabalho, não pode, pela sua própria natureza de perpetuidade, reformar ou readaptar os condenados, sendo completamente contrária aos compromissos internacionais anteriormente assumidos pelo Estado brasileiro.

Não se pode objetar que, posteriormente, o Brasil assumiu tratado internacional que institui a pena de prisão perpétua e que, portanto, se operaria a derrogação das convenções anteriores pelo novo compromisso ratificado. Quanto a isso, o interessante exemplo é dado por Francisco Rezek:

O Estado X, vincula ao Estado Y por um pacto de aliança ofensiva, e o Estado Z por um pacto de aliança defensiva, presenciando o ataque armado de Y contra Z. Por força do que pactuou, esta X simultaneamente obrigado a apoiar Y no ataque e Z na defesa, o que é impossível.

Este velho exemplo permite observar que a causa do conflito real e objetivo entre os tratados X-Y e X-Z é a situação subjetiva de X. Tanto Y quanto Z, irresponsáveis pelo conflito, chamarão em seu favor a regra *pacta sunt servanda*.

O impasse é inevitável. Não há desnível hierárquico entre os dois acordos conflitantes; e regras como *lex posterior...* e a *lex specialis...*, quanto diferentes fontes as fontes de produção normativa – XY num caso, XZ noutro –, são de uma rotunda imprestabilidade. (2018, p.125)

Tão evidente é o descabimento da regra *Lex posterior derogat priori* que já se viu sugerir, no olimpo da doutrina, um princípio avesso àquele: *o pior in tempore, potior in jure*, significando que, nessa lamentável hipótese, é melhor garantir prevalência ao tratado concluído

⁵⁶ *Con todo, la pena de prisión perpetua atenta flagrantemente con la dignidad humana, en-tendida esta como “el valor moral inherente a toda persona humana, y, por otra parte, implica el reconocimiento de que toda persona es au-tónoma y se determina conforme a sus propios designios”* (PARDO; MONCAYO; OLARTE, 2019, p. 38)

primeiro, sob o argumento, em linhas gerais, de que o Estado X não poderia ter, licitamente, celebrado o segundo compromisso.

Os Tratados Internacionais de Direitos Humanos citados refletem um grande avanço no respeito dos direitos da pessoa humana. É paradoxal que, paralelamente a tais avanços, se aumente a permissão de pena de prisão perpétua, como fez o Estatuto de Roma. Sobre o paradoxo, escreveram Dirk Vanzylsmit e Catherine Appleton:

A recente ênfase na prisão perpétua é paradoxal. Por um lado, existe um interesse renovado em assegurar que “a vida deve significar a vida” para que seja uma alternativa “real” à pena de morte. Por outro lado, as preocupações orientadas pelos direitos humanos significam que as ferramentas analíticas que uma análise baseada na dignidade oferece também foram aplicadas à sentença de prisão perpétua. A preocupação não é apenas se se trata de uma sentença menos severa do que a pena de morte, mas também se a prisão perpétua, pelo menos em suas formas mais drásticas, também não é fundamentalmente contrária à dignidade humana. (SMIT; APPLINGTON, 2018, p. 16)⁵⁷ (Traduziu-se)

O Estatuto de Roma é, sem dúvidas, um dos elementos que permitiram tal indevido crescimento. E é justamente no sentido de substituição da pena de morte que o Estatuto permitiu a pena de prisão perpétua, como pena menos grave. Abolir a pena de morte não é suficiente para se alcançar a humanização das penas. A pena de prisão perpétua, como já se demonstrou, é pena inumana.

O Brasil celebrou diversos tratados se comprometendo a abolir as penas que atentem contra a dignidade do homem. Como faz a pena de vida, ao menos dois deles, o Pacto sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto de São José da Costa Rica, determinam que a pena deve ter o caráter de ressocializar, o que torna completamente inconciliável com a pena de prisão perpétua.

4.2 A CRIAÇÃO DO TPI: FUNÇÕES E JURISDIÇÃO

A Convenção de Roma do Tribunal (Corte) Penal Internacional (1998) é elaborada da necessidade de um tribunal internacional com competência penal, em face da impossibilidade do julgamento por partes dos Estados de certos crimes de extrema gravidade. Após a Segunda Guerra Mundial, os Estados nacionais teriam grandes dificuldades de julgar as atrocidades

⁵⁷ *The recent emphasis on life imprisonment is paradoxical. On the one hand, there is renewed interest in ensuring that “life should mean life” so that it will be a “real” alternative to the death penalty. On the other hand, human rights-driven concerns have meant that the analytical tools that a dignity-based analysis offers have been applied to the sentence of life imprisonment, too. The concern is not only whether it is a less harsh sentence than the death penalty, but also whether life imprisonment, at least in its more drastic forms, is not also fundamentally contrary to human dignity.* (SMIT; APPLINGTON, 2018, p. 16)

cometidas durante o conflito, por isso foram criados Tribunais Militares Internacionais: Tribunal Militar Internacional de Nuremberg (1945) e Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente (1946).

O Tribunal Militar Internacional de Nuremberg foi “constituído pelo acordo de Londres de 8 de agosto de 1945 e que tinha natureza militar/penal. Tinha competência para processar e punir os maiores criminosos de guerra da Alemanha (uma das potências do eixo durante a Segunda Guerra Mundial)” (LOPES, 2015, p. 83). Hildebrando Accioly, G. E. do Nascimento e Silva e Paulo Borba Casella registram, em sua obra, emblemático trecho do texto redigido na Convenção de Moscou de 1943:

Assim, os alemães que participaram do ‘massacre’ em massa de oficiais poloneses, ou de camponeses cretenses; ou que tenham tomado parte na mortandade infligida aos habitantes da Polônia ou dos territórios da União Soviética que ora se libertam do jugo inimigo, saberão que serão devolvidos à cena do seu crime e ali mesmo julgados pelos povos que ultrajaram. Que se precavenham, pois, aqueles cujas mãos ainda não estão tingidas de sangue inocente, para que não entrem para o rol dos culpados, porque as três Potências Aliadas se comprometem a persegui-los inexoravelmente até os mais remotos confins da terra, entregando-os aos seus acusadores para que se faça justiça (2011, p. 846).

Os crimes que julgou não tinham previsão anterior e foram definidos pela Carta do Tribunal Militar de Nuremberg como: crimes contra a paz, crimes de guerra de agressão e crimes contra a humanidade. As penas que poderiam declarar eram completamente incertas; réus foram condenados por penas por anos determinados; pena de prisão perpétua e pena de morte. Cada Estado vencedor indicou um juiz e um suplente para a realização dos julgamentos na cidade alemã de Nuremberg (LOPES, 2015).

Já o Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente teve sua sede na cidade de Tóquio e foi constituído pela Carta do Tribunal Militar para o Extremo Oriente:

sediado na capital japonesa, Tóquio, constituído pela Carta do Tribunal Militar para o Extremo Oriente, aprovada em 19 de Janeiro de 1946 pelo Comando Supremo das Forças Aliadas do Extremo Oriente, teve também natureza militar e sua competência é para a pronta punição dos grandes criminosos de guerra do Extremo Oriente. (LOPES, 2015, p. 88).

Esse em muito se aproxima do de Nuremberg, tendo a competência para julgar os mesmos crimes, que também foram definidos *pos factum*. Da mesma forma, as penas eram incertas; e as condenações também foram a prisão por número de anos determinados, prisão perpétua e pena de morte (LOPES, 2015). Quanto à composição judiciária, assim se estabeleceu:

A Carta do Tribunal determina que ele teria uma composição de, no mínimo, seis membros e, no máximo, onze membros, escolhidos pelos comandantes-chefe para as Potências Aliadas. Dos países signatários, a Índia e a União das Filipinas se limitaram

apenas a fornecer uma lista de nomes, dentre os quais o comandante-chefe fez sua escolha. (LOPES, 2015, p. 89)

Esses tribunais, como tribunais *ad hoc*, não respeitaram diversos institutos basilares de direito penal e processo penal amplamente reconhecidos pelos diversos Estados, tais como: legalidade, juiz natural, imparcialidade, entre outros tantos. Nessa esteira, no pós-guerra, a comunidade internacional iniciou debates em torno da necessidade de criação de um tribunal penal internacional:

Constata-se, assim, que desde 1948 era prevista a criação de uma corte penal internacional para o julgamento do crime de genocídio. O raciocínio era simples: considerando que o genocídio era um crime que, por sua gravidade, afrontava a ordem internacional, e considerando ainda que, em face de seu calcance, as instâncias nacionais poderiam não ser capazes de processar e julgar seus perpetradores, seria razoável atribuir a uma corte internacional a competência para fazê-lo. (PIOVESAN, 2007, p. 212)

No mesmo ano, 1948 foi publicada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que, em seu artigo 5º, se escreveu “ninguém será submetido a tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes”. Isso demonstra preocupação da comunidade internacional não só com a tragédia da guerra, mas sim com as penas cruéis que se viram aplicar nos tribunais que dela decorreram.

A necessidade de tribunal nesse sentido não passou despercebida a Hans Kelsen, que, em sua obra monumental, *A Teoria Pura do Direito*, registrou a possibilidade da transferência a um tribunal internacional da competência para julgar delitos internacionais:

A imediata imposição de deveres aos indivíduos pelo Direito internacional não se opera de fato por maneira a que a uma determinada conduta destes indivíduos sejam ligadas as sanções específicas do Direito internacional: represálias e guerra. Os deveres que o Direito internacional põe diretamente a cargo dos indivíduos são constituídos através de sanções específicas do Direito estadual: penas e execuções. A estatuição e execução destas sanções pode ser deixada pelo Direito internacional a uma ordem jurídica estadual, como no caso do delito internacional da pirataria. Estas sanções, porém, também podem ser estatuídas por uma norma criada por tratado de Direito internacional e a sua aplicação no caso concreto pode ser transferida para um tribunal internacional criado por tratado, como v. g., no caso de perseguição penal de criminosos de guerra, de acordo com a Convenção de Londres de 8 de agosto de 1945. (KELSEN, 2009, p. 229)

Entretanto, a segunda metade do século XX não registrou grandes esforços no sentido da criação de tribunal penal internacional permanente. De outro modo, a preocupação com as penas cruéis e desumanas foi uma constante nas décadas que se seguiram. Aos quatro dias do mês de novembro de 1950, a Convenção Europeia de Direitos dos Homens, já no seu artigo terceiro, fez constar a proibição de penas ou tratamentos desumanos ou degradantes. Em 16 de dezembro de 1966, foi celebrado o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (decreto n.º 592, de 6 de julho de 1992.), adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações

Unidas, este, além de proibir as penas cruéis e inumanas, foi bastante claro em dizer que o regime penitenciário tenha o objetivo principal de reabilitar os prisioneiros. Em 10 de dezembro de 1984, a Assembleia-Geral das Nações Unidas, em sua XL Sessão, realizada em Nova York, adotou a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, que objetivou a abolição das penas cruéis, desumanas ou degradantes (decreto n.º 40, de 15 de fevereiro de 1991). A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (decreto n.º 678, de 6 de novembro de 1992) foi subscrita durante a Conferência Especializada Interamericana de Direitos Humanos, em 22 de novembro de 1969, na cidade de San José da Costa Rica. No mesmo sentido, ela determinou que as penas privativas de liberdade devessem visar à reforma e à readaptação social dos condenados.

Paradoxalmente, os outros dois Tribunais Penais Internacionais que antecederam o Tribunal permanente se valeram de penas inumanas, penas de prisão perpétua.

Nos primeiros anos do século XXI, dois conflitos de grandes proporções chocaram o mundo e mobilizaram a comunidade internacional, especialmente no âmbito das Organização das Nações Unidas, o conflito na região do território da ex-Iugoslávia e de Ruanda.

Para fazer justiça aos delitos perpetrados nos dois grandes conflitos da década de 1990, o Conselho de Segurança criou dois tribunais penais internacionais, um para a ex-Iugoslávia:

Criado pela Resolução 827 do Conselho de Segurança de 25 de maio de 1993 é o Tribunal Penal Internacional constituído para julgar os responsáveis por violações ao direito internacional humanitário, cometidos no território da ex-Iugoslávia a partir de 1991. E é sediado em Haia, Países-Baixos. (LOPES, 2015, p. 97)

O conflito em questão se deu em forma de guerra civil, xenofóbica e étnica. O Conselho de Segurança se baseou no Capítulo VII da Carta das Nações, para, por meio de resolução, criar o Tribunal. Veja-se:

Em resposta aos massacres, expulsões e deportações ocorridos desde o ano de 1991 no território da ex-Iugoslávia, motivados por um sentimento xenofóbico dos sérvios que iniciaram uma espécie de guerra civil, com fulcro em uma limpeza étnica, contra os não-sérvios, é que o Conselho de Segurança das Nações Unidas aplicando o Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, por meio de Resolução, fez criar o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia. (LOPES, 2015, p. 97)

Em diferença aos tribunais do Pós-Segunda Guerra, em que a definição dos delitos foi dada após os fatos, “este Tribunal, com relação à competência material, atende à Convenção de Genebra de 1949. Julgando os seguintes crimes: violação das leis e dos costumes de guerra, prática de genocídio e crimes contra a humanidade”. Quanto à competência espacial e à temporal, “a competência espacial é dada pela geografia do conflito, ou seja, a região da ex-Iugoslávia e a competência temporal pelo período do conflito, ou seja, as violações cometidas a partir de 1º de janeiro do ano de 1991”. (LOPES, 2015, p. 97)

O quarto antecedente é o Tribunal Penal Internacional para Ruanda. Também criado pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas com base na Carta das Nações, visou ao julgamento do genocídio e de outras graves violações de direitos humanos. Sua sede foi em Arusha; e a câmara de apelação, em Haia:

É um Tribunal Penal Internacional criado pela Resolução 955 do Conselho de Segurança de 08 de novembro de 1994, constituído para julgar os responsáveis por atos de genocídio ou outras violações graves ao direito internacional humanitário, cometidos no território de Ruanda, bem como os cidadãos ruandenses considerados responsáveis por tais atos ou violações cometidas no território de Estados vizinhos, entre 1º de janeiro e 31 de dezembro de 1994. Está sediado em Arusha, Tanzânia, e mantém escritórios em Kigali, Ruanda, além de ter sua Câmara de apelação em Haia, Países-Baixos. (LOPES, 2015, p. 123)

O conflito se deu entre duas etnias ruandenses, os Tutsi e os Hutus. A propósito da contextualização e de dar a dimensão do conflito, traz-se outro trecho da colação:

O Tribunal Penal Internacional para Ruanda foi criado em resposta a um genocídio de raras proporções cometido no território de Ruanda com número de mortos estimado entre 500 mil e um milhão de pessoas. Trata-se de uma guerra entre duas etnias que vivem no território do país, os hutus (cerca de 80% da população) e os tutsis (cerca de 20% da população). Foi desencadeada pelo abatimento do avião que transportava o Presidente de Ruanda, Juvénal Habyarimana e o presidente do Burundi, Cyprien Ntaryamira, fato pelo qual os hutus responsabilizaram os tutsis, iniciando ataques contra eles que, através da Frente Patriótica Ruandense, revidaram, desencadeando uma verdadeira guerra civil. Ambas as etnias cometeram atos de genocídio uma contra a outra. (LOPES, 2015, p. 123)

A competência *ratione temporis* ficou restrita ao ano de 1994, a espacial ao território de Ruanda e territórios vizinhos - por violações cometidas por ruandenses. Para a competência material, se valeu das normas da Convenção de Genebra. Nesse sentido:

A competência do Tribunal foi dada de forma a ser bem restrita, sendo limitada no tempo pelo ano de 1994, no espaço ao território de Ruanda, e a violações cometidas por cidadãos ruandenses nos países vizinhos. A competência material ficou estabelecida como para os crimes contra a humanidade, o genocídio e as violações do art. 3 da Convenção de Genebra. (LOPES, 2015, p. 124)

Quanto às penas, os dois tribunais não se utilizaram da sanção de morte, mas se valeram da pena de prisão perpétua. Insta salientar, como visto neste tópico, que as convenções contra as penas cruéis e desumanas já haviam sido escritas; e a utilização da pena de prisão perpétua representou notável e indevido retrocesso em matéria de direitos humanos.

Após tais fatos e provocada por Trinidad e Tobago no ano de 1993, a ONU resolve, então, criar um tribunal penal internacional permanente⁵⁸: “em 1995, a Assembleia Geral das

⁵⁸ Flávia Piovesan relembra que Graefrath sustentava também a necessidade do tribunal permanente: “Muitos Estados advogam a criação de uma corte Internacional Criminal, argumentando que uma Corte Internacional é necessária se o projeto de Código de Crimes contra a Paz e a Segurança da Humanidade pretende ser efetivamente implementado. Estes Estados afirmam que o estabelecimento de uma Corte Internacional é o único meio de garantir uma jurisdição imparcial e objetiva, que é particularmente importante e, ao mesmo tempo,

Nações Unidas estabeleceu um Comitê Preparatório do Anteprojeto do Estatuto para um Tribunal Penal Internacional Permanente, adotado pela Comissão de Direito Internacional em 1994” (GUERRA, 2013, p. 184):

O Comitê Preparatório, aberto a todos os membros das Nações Unidas, bem como aos membros das agências especializadas, foi incumbido, na 50ª sessão, de preparar um texto consolidado de uma convenção internacional, que pudesse ser largamente aceita, para a criação de um Tribunal Penal Internacional. Esse texto deveria ser levado à consideração de uma Conferência de Plenipotenciários. Essa Conferência Diplomática se deu em Roma, de 15 a 17 de julho de 1998 quando foi aprovado o Estatuto que constituiu o Tribunal Penal Internacional (GUERRA, 2013, p. 184).

No ano de 2002, o Tribunal Penal Internacional iniciou os seus trabalhos, mesmo ano em que o Brasil finalizou a ratificação da Convenção de Roma.

O Tribunal, hoje em pleno funcionamento, tem a função de promover a justiça internacional e combater a impunidade na mesma seara. Sua competência material é restrita a cinco delitos: crime de genocídio (art. 6º); crimes contra a humanidade (art. 7º); crimes de guerra (art. 8º); crime de agressão (art. 8º, bis); e crimes contra a administração da justiça do tribunal (art. 70).

O Tribunal terá competência para julgar tais delitos, somente quando o Estado não o fizer – ou não o fizer de forma livre. Dado o seu caráter complementar (art. 1), o artigo 17 do mesmo Estatuto, que trata das “questões relativas à admissibilidade”, traz, em seu item primeiro, as questões de inadmissibilidade. Veja-se:

1. Tendo em consideração o décimo parágrafo do preâmbulo e o artigo 1º, o Tribunal decidirá sobre a não admissibilidade de um caso se:
 - a) O caso for objeto de inquérito ou de procedimento criminal por parte de um Estado que tenha jurisdição sobre o mesmo, salvo se este não tiver vontade de levar a cabo o inquérito ou o procedimento ou, não tenha capacidade para o fazer;
 - b) O caso tiver sido objeto de inquérito por um Estado com jurisdição sobre ele e tal Estado tenha decidido não dar seguimento ao procedimento criminal contra a pessoa em causa, a menos que esta decisão resulte do fato de esse Estado não ter vontade de proceder criminalmente ou da sua incapacidade real para o fazer;
 - c) A pessoa em causa já tiver sido julgada pela conduta a que se refere a denúncia, e não puder ser julgada pelo Tribunal em virtude do disposto no parágrafo 3º do artigo 20;
 - d) O caso não for suficientemente grave para justificar a ulterior intervenção do Tribunal.

As três primeiras alíneas (a, b e c) rogam a competência de forma, de fato, complementar, se justificando apenas na ausência, falha, deficiência, da justiça do Estado-Parte que tem competência primária. No mesmo sentido é o artigo 20, que, ao tratar do princípio do

particularmente difícil de se alcançar. Ademais, estes Estados frequentemente observam que a criação de uma Corte internacional criminal é o único meio de evitar punições diferenciadas aos indivíduos pelos Estados. (*Universal criminal jurisdiction and na international criminal court, European Journal International Law*, p. 67 *apud* PIOVESAN, 2007, p. 214)

ne bis in idem, permite a atuação do Tribunal quando um julgamento por Estado-Parte não tenha sido conduzido de forma livre:

3. A corte não poderá julgar uma pessoa que já tenha sido julgada por outra jurisdição, por atos também punidos pelos arts. 6, 7 ou 8, a menos que o processo nessa outra jurisdição: a) tenha tido por objetivo subtrair o acusado à sua responsabilidade criminal por crimes da competência da Corte; ou b) não tenha sido conduzido de forma independente ou imparcial, em conformidade com as garantias de um processo equitativo reconhecidas pelo direito internacional, ou tenha sido conduzido de uma maneira que, no caso concreto, se revele incompatível com a intenção de submeter a pessoa à ação da justiça.

O artigo 12⁵⁹ do compromisso internacional tange às condições prévias ao exercício da jurisdição. O artigo 13⁶⁰ cuida do exercício da jurisdição do Tribunal. O artigo 14⁶¹ trata da denúncia por um Estado-Parte. E o artigo 15⁶², da competência do Procurador. É da inteligência extraída da combinação desses quatro dispositivos que se extrai o exercício da jurisdição do Tribunal.

⁵⁹ Artigo 12

Condições Prévias ao Exercício da Jurisdição

1. O Estado que se torne Parte no presente Estatuto, aceitará a jurisdição do Tribunal relativamente aos crimes a que se refere o artigo 5º.

2. Nos casos referidos nos parágrafos *a)* ou *c)* do artigo 13, o Tribunal poderá exercer a sua jurisdição se um ou mais Estados a seguir identificados forem Partes no presente Estatuto ou aceitarem a competência do Tribunal de acordo com o disposto no parágrafo 3º:

a) Estado em cujo território tenha tido lugar a conduta em causa, ou, se o crime tiver sido cometido a bordo de um navio ou de uma aeronave, o Estado de matrícula do navio ou aeronave;

b) Estado de que seja nacional a pessoa a quem é imputado um crime.

3. Se a aceitação da competência do Tribunal por um Estado que não seja Parte no presente Estatuto for necessária nos termos do parágrafo 2º, pode o referido Estado, mediante declaração depositada junto do Secretário, consentir em que o Tribunal exerça a sua competência em relação ao crime em questão. O Estado que tiver aceito a competência do Tribunal colaborará com este, sem qualquer demora ou exceção, de acordo com o disposto no Capítulo IX.

⁶⁰ Artigo 13

Exercício da Jurisdição

O Tribunal poderá exercer a sua jurisdição em relação a qualquer um dos crimes a que se refere o artigo 5º, de acordo com o disposto no presente Estatuto, se:

a) Um Estado Parte denunciar ao Procurador, nos termos do artigo 14, qualquer situação em que haja indícios de ter ocorrido a prática de um ou vários desses crimes;

b) O Conselho de Segurança, agindo nos termos do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, denunciar ao Procurador qualquer situação em que haja indícios de ter ocorrido a prática de um ou vários desses crimes; ou

c) O Procurador tiver dado início a um inquérito sobre tal crime, nos termos do disposto no artigo 15.

⁶¹ Artigo 14

Denúncia por um Estado Parte

1. Qualquer Estado Parte poderá denunciar ao Procurador uma situação em que haja indícios de ter ocorrido a prática de um ou vários crimes da competência do Tribunal e solicitar ao Procurador que a investigue, com vista a determinar se uma ou mais pessoas identificadas deverão ser acusadas da prática desses crimes.

2. O Estado que proceder à denúncia deverá, tanto quanto possível, especificar as circunstâncias relevantes do caso e anexar toda a documentação de que disponha.

⁶² Artigo 15

Procurador

1. O Procurador poderá, por sua própria iniciativa, abrir um inquérito com base em informações sobre a prática de crimes da competência do Tribunal.

São quatro as possibilidades do exercício da jurisdição do tribunal:

i) se um Estado-Parte denunciar ao procurador (art. 13, a) e ii) se o procurador tiver dado início a um inquérito (art. 13, c). Nesses dois casos, para o exercício da jurisdição, é necessário que a conduta ou a causa do delito tenha se perpetrado no território de um Estado-Parte ou, se o crime tiver sido cometido a bordo de um navio ou de uma aeronave, o Estado de matrícula do navio ou da aeronave (art. 12, 2, a) ou que o autor do delito seja nacional de um Estado-Parte.

iii) se um Estado que não seja parte aceitar a competência do Tribunal (art. 12, 3), é a possibilidade do Estado sem prévia ratificação aceitar a jurisdição do Tribunal Penal Internacional, que poderá julgar os crimes perpetrados nesse Estado, embarcações ou por seus nacionais, mesmo que a época dos fatos não detenha competência pactual para tanto.

iv) se “O Conselho de Segurança, agindo nos termos do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, denunciar ao procurador qualquer situação em que haja indícios de ter ocorrido a prática de um ou vários desses crimes” (art. 13, b). O Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, como visto linhas acima, lastreou a criação dos tribunais *ad hoc* da década de 1990, Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugóslavia e Tribunal Penal Internacional para Ruanda.

Quanto à competência *Ratione Temporis*, o Tribunal pode exercer a jurisdição a fatos perpetrados após a sua entrada em vigor em relação aos Estados-Partes que já o tiverem ratificado (art. 11, 1). Quanto aos Estados que se tornarem parte do Estatuto após a sua entrada em vigor, a competência temporal terá seu termo inicial na ratificação por parte do Estado (art. 12, 2), sendo possível, destarte, que o Estado declare a competência do Tribunal para julgar fatos pretéritos (art. 12, 2 *infini*), nos termos do parágrafo 3º do artigo 12.

4.3 HISTÓRICO DA PENA DE PRISÃO PERPÉTUA NOS TPIS

Na história da humanidade, não é incomum haver tribunais internacionais ou de sanções penais internacionais, como, por exemplo, o desterro de Napoleão. No entanto, quanto aos tribunais penais internacionais e as sanções penais internacionais, os maiores paradigmas são os tribunais Pós-Segunda Guerra Mundial, Tribunal Militar de Nuremberg (1945) e Tribunal Penal Internacional para o Extremo Oriente (1946).

Em dissertação de mestrado — de autoria própria — a já mencionada alhures, foi analisada a totalidade de julgamentos realizados por esses tribunais. Serão apresentados diversos desses resultados à colação neste tópico. Quanto ao Tribunal de Nuremberg (LOPES, 2015, p. 42):

O Tribunal Militar de Nuremberg, que como já dito, terá um tópico inteiramente a ele dedicado neste estudo, foi o grande pilar para a sustentação do Direito Internacional Penal contemporâneo. Seu surgimento se deu no pós-Segunda Guerra Mundial e toda a violação de Direitos Humanos e crimes de guerra perpetrados naquela triste ocasião fizeram com que, como verdadeira *ultima ratio regis* – princípio que deveria ser, mas de fato não é, imperioso para a atuação de qualquer Direito penal –, e acabou por julgar 24 criminosos de guerra e violadores de Direitos Humanos, prolatando 21 condenações a pessoas do alto comando nazista que passariam ilesos à toda responsabilidade penal.

Desse modo, registro importante de se resgatar é que, embora o Tribunal Militar de Nuremberg tenha sido muito importante aos direitos humanos em diversos aspectos, – por exemplo, em matéria penal, ter permitido o julgamento daqueles que a história chama de “grandes criminosos da segunda guerra” e, em matéria internacional, ter cristalizado o indivíduo, consolidando a pessoa humana como sujeito de direito internacional, consequência lógica das condenações militares/penais internacionais –, em outros aspectos representou considerável retrocesso.

Nota-se que a natureza dos tribunais *ad hoc*, como foi o tribunal em comento, já é maculada logo nos princípios consagrados de direito processual penal, o princípio do juiz natural, todavia, mais que isso, das máximas mais estridentes do direito penal moderno não foram observadas, *nullum crimen, nulla poena, sine praevia lege*. Isso porque se reconhece que grande parte dos crimes praticados pelos atores do regime nazista não seriam considerados como crimes pelo regime vigente, pois, como se sabe, atuavam em favor do regime do terceiro Reich, a constituição alemã, o código penal e o código de processo penal – generosos em excludentes de tipicidade e ilicitude –, a grande academia alemã de direito penal, jurisprudência e doutrina, na qual há forte influência do desicionismo jurídico de Carl Schmitt (2009) e do neokantismo de Edmund Mezger (1946), sendo um nazista declarado, também, o filósofo Martin Heidegger, embora não reconheça que sua filosofia tenha sido nazista.

Mesmo diante de tais problemas, o Tribunal Militar de Nuremberg foi o que primeiro balizou as estruturas do direito penal internacional ou do direito internacional penal. Os pontos de desacordo com os princípios penais serão pouco a pouco, mas não completamente, superados pelos tribunais para a ex-Iugoslávia e para Ruanda.

No que toca à pena de prisão perpétua, traz-se o estudo feito por Jean-Paul Bazelaire e por Thierry Cretin. São três condenações à prisão perpétua em Nuremberg:

Walther Funk, ministro da Economia e, depois, presidente do Banco Alemão do Reich a partir de 1939, condenado à prisão perpétua por guerra de agressão, infrações às leis e costumes de guerra e crimes contra a humanidade. É libertado em 1957, por motivos de saúde (BAZELAIRE; CRETIN, 2004, *apud* LOPES, 2015, pp. 86-88).

Rudolf Hess, muito próximo de Hitler desde 1933, condenado à prisão perpétua por conjuração contra a paz mundial e guerra de agressão. Suicidou-se em 1987 na prisão onde cumpria pena (BAZELAIRE; CRETIN, 2004 *apud* LOPES, 2015, pp. 86-88).

Erich Raeder, comandante-chefe da Marinha desde 1943, condenado à prisão perpétua por conjuração contra a paz mundial, guerra de agressão e infrações às leis e aos costumes de guerra. Libertado em 1955, por motivos de saúde (BAZELAIRE; CRETIN, 2004, *apud* LOPES, 2015, pp. 86-88).

Nota-se que, das três condenações à pena de prisão perpétua, duas foram convertidas em liberdade após o cumprimento de dez anos de pena, as de Walther Funk e Erich Raeder, sendo que somente Rudolf Hess cumpriu perpetuamente a prisão, tendo sua vida findado com o suicídio. Tal contexto aponta também para a tendência de não cumprimento das reprimendas perpétuas, uma vez que, só em um terço dos casos, foi cumprida a pena até o fim da vida. O fato de a colocação em liberdade se dever à questão de saúde no caso Funk e Raeder não é suficiente para apontar outro sentido.

Na mesma senda, este estudo traz as condenações de prisão perpétua e seu desfecho no Tribunal Penal para o Extremo Oriente:

Condenações à pena de prisão perpétua em Tóquio:

Sadao Araki, general que ocupou vários postos ministeriais de alto nível, como os da guerra ou da educação. Por outro lado, era partidário ativo da expansão militar japonesa, foi condenado à prisão perpétua por planejar uma guerra de agressão, foi libertado sob juramento em 1955 (BAZELAIRE; CRETIN, 2004 *apud* LOPES, 2015, pp. 90-95).

Kiichiro Hirauma, Barão, em especial, foi fundador e responsável por um partido patriótico desde 1926 (o Kokuhonsha), tendo assumido o cargo de ministro de Interior (1940), foi condenado à prisão perpétua por guerra de agressão e foi libertado sob juramento em 1955 (BAZELAIRE; CRETIN, 2004 *apud* LOPES, 2015, pp. 90-95).

Kingaro Hashimoto, coronel encarregado de um comando importante como o da artilharia durante o massacre de Nanquim, mas também propagandista de teses racistas e tendo mobilizado a opinião pública japonesa durante a guerra do Pacífico, condenado à prisão perpétua por planejar guerra de agressão e foi libertado sob juramento em 1955 (BAZELAIRE; CRETIN, 2004 *apud* LOPES, 2015, pp. 90-95).

Shunroku Hata, marechal, é um dos militares que programaram a invasão da China nos anos 1930 e que, por outro lado, teve a responsabilidade do comando supremo no momento das atrocidades cometidas pelas tropas japonesas, condenado à prisão perpétua por crime de guerra

e guerra de agressão e foi libertado sob juramento em 1954 (BAZELAIRE; CRETIN, 2004 *apud* LOPES, 2015, pp. 90-95).

Naoki Hoshino, responsável pelos assuntos financeiros de Manchúria (1932-1934), mas também secretário-chefe do gabinete do primeiro-ministro (1940-1941), foi um fanático militarista e redator das declarações de guerra contra a Grã-Bretanha e os Estados Unidos, condenado por guerra de agressão à prisão perpétua e foi libertado sob juramento em 1955 (BAZELAIRE; CRETIN, 2004 *apud* LOPES, 2015, pp. 90-95).

Okinori Kaya foi presidente da Sociedade de Desenvolvimento do Norte da China (posição aproveitada para espoliar a indústria e pilhar recursos chineses) e também ministro das Finanças (1937-1938 e 1941-1944), período durante o qual se construiu a estrada de ferro entre o Sião (atual Tailândia) e a Birmânia graças ao trabalho dos prisioneiros de guerra utilizados como escravos, condenado à prisão perpétua por guerra de agressão. Libertado sob juramento em 1955 (BAZELAIRE; CRETIN, 2004 *apud* LOPES, 2015, pp. 90-95).

Koichi Kido, marquês, ocupou, junto ao imperador, um papel de conselheiro nos piores momentos da guerra com a China e os Aliados. Também ocupou várias funções ministeriais entre 1930 e 1945. Sua agenda continha informações sobre os massacres, úteis para a acusação no momento dos diferentes processos. Foi condenado à prisão perpétua por guerra de agressão e foi libertado sob juramento em 1955 (BAZELAIRE; CRETIN, 2004 *apud* LOPES, 2015, pp. 90-95).

Kuniaki Koiso, general, serviu em diversas áreas de operações militares no Pacífico entre 1932 e 1944, em especial na Coreia, conhecido como “Tigre da Coreia” por sua brutalidade. Foi, por um período, primeiro-ministro. Nesse período, foi advertido sobre a sorte reservada aos primeiros prisioneiros de guerra, condenado à prisão perpétua por guerra de agressão e pelas atrocidades cometidas aos prisioneiros. Morreu em 1950 (BAZELAIRE; CRETIN, 2004 *apud* LOPES, 2015, pp. 90-95).

Jiro Minami, general, assume responsabilidade militar de alto nível. Ele foi até mesmo ministro da Guerra em 1931. Foi um dos primeiros chefes do Japão militarista. Impôs um poder muito duro na Coreia quando é governador-geral, condenado à prisão perpétua por guerra de agressão e foi libertado sob juramento em 1954 (BAZELAIRE; CRETIN, 2004 *apud* LOPES, 2015, pp. 90-95).

Takasumi Oka, almirante, chefe do escritório de assuntos navais, mas também vice-ministro da Marinha, foi considerado como um dos principais responsáveis pelo ataque naval perpetrado contra os Estados Unidos em dezembro de 1941, em Pearl Harbor, condenado à

prisão perpétua por guerra de agressão e foi libertado sob juramento em 1954 (BAZELAIRE; CRETIN, 2004 *apud* LOPES, 2015, pp. 90-95).

Hiroshima Oshima, general, próximo das autoridades alemãs, junto às quais é inicialmente adito (1934-1938) e, em seguida, embaixador (1938-1939 e 1940-1945), foi um dos autores do pacto assinado entre as potências do Eixo (Japão, Alemanha e Itália). Ele foi considerado como tendo sido próximo de Hitler, Görin, Himmler e Ribbentrop, condenado à prisão perpétua por crime de guerra de agressão e crime de guerra e foi libertado sob juramento em 1955 (BAZELAIRE; CRETIN, 2004 *apud* LOPES, 2015, pp. 90-95).

Kenryo Sato, general, entre 1942 e 1944, assume diversas responsabilidades tanto no escritório dos assuntos militares, quanto no corpo expedicionário na China e na Indochina, condenado à prisão perpétua por guerra de agressão e crimes de guerra. Foi libertado sob juramento em 1956 (BAZELAIRE; CRETIN, 2004 *apud* LOPES, 2015, pp. 90-95).

Shigetaro Shimada, almirante, assumiu, a princípio, postos de comando na Marinha, especialmente na frota engajada na China, antes de ser ministro da Marinha (1941-1944) e membro do Conselho de Guerra (1944). Ele autorizou os ataques-surpresa de dezembro de 1941 contra Pearl Harbor. Destacou-se pelos massacres de prisioneiros de guerra aliados, pelo deslocamento de civis para marcos improvisados e por sua crueldade em relação aos naufragos dos barcos de guerra aliados. Ele foi condenado à prisão perpétua por guerra de agressão e crimes de guerra e libertado sob juramento em 1955 (BAZELAIRE; CRETIN, 2004 *apud* LOPES, 2015, pp. 90-95).

Toshido Shiratori foi diretor do Escritório de Informações no Ministério das Relações Exteriores entre 1929 e 1933. Ele foi também embaixador do Japão na Itália, entre 1938 e 1940, e partidário fervoroso do expansionismo militar japonês. Além disso, mantinha aliança com a Alemanha, Itália e União Soviética, visando à dominação do mundo por essas grandes potências. Foi condenado à prisão perpétua por guerra de agressão e crime de guerra. Morreu em 1949 (BAZELAIRE; CRETIN, 2004 *apud* LOPES, 2015, pp. 90-95).

Teiichi Suzuki, general, assumiu responsabilidades no Escritório dos Assuntos Chineses entre 1938 e 1941, antes de ser ministro sem pasta e conselheiro do ministro das Relações Exteriores. Conhecido como um militante de primeira hora do militarismo japonês, ele foi também implicado no tráfico de entorpecentes dos japoneses na China. Recorreu ao trabalho dos prisioneiros como escravos, condenado à prisão perpétua por guerra de agressão e crime de guerra e foi libertado sob juramento em 1955 (BAZELAIRE; CRETIN, 2004 *apud* LOPES, 2015, pp. 90-95).

Yoshijiro Umezu, general. A ele diversas responsabilidades foram confiadas, tais como a de vice-ministro da Guerra ou dos comandos de alto nível. Foi condenado à prisão perpétua por guerra de agressão e crime de guerra e morreu na prisão em 1949 (BAZELAIRE; CRETIN, 2004 *apud* LOPES, 2015, pp. 90-95).

No mesmo prisma, quando se observa que o desfecho no cumprimento do encarceramento que deveria ser vitalício foi convertido em liberdade em tempo médio de dez anos, o que ocorreu na maioria dos casos de condenação à pena de vida no âmbito do Tribunal para o Extremo Oriente, mais evidente se mostra o sentido do desuso dessa modalidade de pena, mesmo após o seu sentenciamento, sendo que apenas três condenados chegaram à morte encarcerados, enquanto 13 foram postos em liberdade sob juramento.

Tal constatação demonstra o problema mais agudo da utilização de tão arcaica modalidade de pena, a desproporção. Ora, se a grande maioria dos casos de condenação à pena de prisão perpétua se converteu em liberdade sob juramento em cerca de dez anos e, por outro lado, houve cumprimento integral de condenações finitas superiores a dez anos, depreende-se que a execução da pena perpétua se revelou mais branda do que aquelas por tempo determinado, o que é aviltante, pois fere o princípio da culpabilidade.

Logo, essa realidade empírica faz dissolver a proporcionalidade do fato criminoso com o cumprimento de sua condenação. A prisão perpétua se mostramais rígida do que a pena por número de anos determinados apenas no mundo das ideias, uma vez que, na dialética entre fato criminoso, pena e cumprimento de pena, não se realiza uma justiça desde um prisma de proporcionalidade.

Para evidenciar mais o que se argumenta, observe-se:

Karl Dönitz, almirante-chefe, condenado a dez anos de prisão por guerra de agressão e infrações às leis e a costumes de guerra. Foi liberado em 1956 na expiração de sua pena (BAZELAIRE; CRETIN, 2004 *apud* LOPES, 2015, pp. 90-95).

Hans Fritzsche, próximo a Goebbels, diretor de informação desde 1933, no Ministério da Propaganda. Foi absolvido, mas condenado a nove anos de campo de trabalho no âmbito do procedimento de desnazificação e foi libertado em 1950 (BAZELAIRE; CRETIN, 2004 *apud* LOPES, 2015, pp. 90-95).

Franz von Papen, embaixador do Reich em Viena e Ankara, foi absolvido das acusações de conjuração contra a paz e guerra de agressão. Foi submetido, no entanto, a oito anos de campo de trabalho no âmbito do procedimento de desnazificação E foi libertado em 1949 (BAZELAIRE; CRETIN, 2004 *apud* LOPES, 2015, pp. 90-95).

Baldur von Schirach, embaixador do Reich em Viena e Ankara, foi absolvido das acusações de conjuração contra a paz e guerra de agressão. Foi submetido, no entanto, a oito anos de campo de trabalho no âmbito do procedimento de desnazificação e foi libertado em 1949 (BAZELAIRE; CRETIN, 2004 *apud* LOPES, 2015, pp. 90-95).

Baldur von Schirach, chefe da juventude hitleriana, foi condenado a 20 anos por crime contra a humanidade e conjuração contra a paz mundial e foi libertado em 1966, após cumprir sua pena (BAZELAIRE; CRETIN, 2004 *apud* LOPES, 2015, pp. 90-95).

Albert Speer, responsável pelas obras públicas em Berlim e, depois, encarregado do armamento e das munições, foi condenado a 20 anos de prisão pelos quatro chefes de acusação. Foi libertado em 1966, após cumprir sua pena (BAZELAIRE; CRETIN, 2004 *apud* LOPES, 2015, pp. 90-95).

Nota-se que Karl Dönitz e Hans Fritzsche, condenados a dez e nove anos de prisão, respectivamente, cumpriram a integralidade de suas penas por delitos considerados leves para o Tribunal - são as penas mais brandas entre todas as aplicadas -. Além disso, paradoxalmente, cumpriram o tempo de pena igual a dois dos três condenados à pena perpétua Walther Funk e Erich Raeder, condenados por delitos considerados gravíssimos no âmbito do mesmo tribunal. Essa realidade deixa patente a injustiça na imposição e no cumprimento da pena. Seria como o latrocida e o furtador cumprirem a mesma pena. Ademais, Baldur von Schirach e Albert Speer, condenados a 20 anos de prisão, pena considerada intermediária para os parâmetros do Tribunal em questão, cumpriram o dobro do tempo de pena de Funk e Raeder. Desse modo, essa desproporção extrapola o suportável, pois aqui é como se o furtado ou homicida cumprisse o dobro da pena do latrocida.

Prosseguindo, observa-se um fenômeno similar ocorrido em Tóquio, no Tribunal Penal para o Extremo Oriente, a saber:

Hedeki Togo, general, embaixador na Alemanha e na União Soviética antes de ocupar as funções de ministro das Relações exteriores entre 1941 e 1942, assim como uma última vez em 1945. Foi condenado a 20 anos de prisão por guerra de agressão e crime de guerra. Morreu na prisão em 1948 (BAZELAIRE; CRETIN, 2004 *apud* LOPES, 2015, pp. 90-95).

Mamoru Shigemitsu, embaixador do Japão na China entre 1931 e 1932, em seguida vice-ministro das Relações Exteriores até 1936, antes de se tornar embaixador novamente na União Soviética e na Grã-Bretanha, voltou às Relações Exteriores em 1943 como ministro, até o fim da guerra. Ele e o general Umezu Yoshijiro foram os signatários do ato de rendição em 1945. Foi condenado a sete anos de prisão por guerra de agressão e por não ter impedido as atrocidades do exército japonês. Libertado sob juramento em 1950, reencontrou o caminho da

vida política e recebeu a pasta das Relações Exteriores em 1954 (BAZELAIRE; CRETIN, 2004 *apud* LOPES, 2015, pp. 90-95).

Nota-se que, mesmo condenado a apenas sete anos de prisão, Mamoru Shigemitsu cumpriu pena próxima à daqueles condenados à perpétua (como visto, em média, dez anos). E, por outro lado, ironicamente, Hedeki Togo cumpriu uma pena perpétua, pois morreu logo nos primeiros anos de cumprimento de sua pena, apesar da condenação a 20 anos de cárcere, o que se pode considerar uma punição de intensidade intermediária, mas ainda branda se for comparada à perpétua.

No Tribunal Militar de Nuremberg, a atuação do tribunal se deu em “24 processos que resultaram em 12 condenações à morte, três prisões perpétuas, quatro prisões temporárias e dois processos que deixaram de ser julgados” (LOPES, 2015, p. 88); e, no Tribunal Penal Internacional para o Extremo Oriente, “o resultado deste tribunal foi de sete condenações a morte, 16 condenações à prisão perpétua, duas prisões temporárias, uma libertação sob juramento e nenhuma absolvição” (LOPES, 2015, p. 95).

A inteligência que se extrai da análise trazida à colação é que as penas de prisão perpétua aplicadas nas sentenças dos tribunais Pós-Segunda Guerra Mundial, do total de 19, 15 foram convertidas em liberdade no tempo médio de dez anos. Isso revela a dispensabilidade de tal modalidade de pena, o desuso do cumprimento vitalício da pena e a verdadeira injustiça, ao cabo do cumprimento das penas se revelar cumprimento inferior ao das penas por tempo determinado, quando essas aplicadas em número de anos superior a dez.

4.4 PRINCÍPIOS DE DIREITOS HUMANOS E PRINCÍPIOS DE DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO

O direito internacional como ordem jurídica descentralizada se rege pelo princípio da boa-fé. Dessa forma, as regras de direito internacional, sejam elas pactícias (ou convencionais) ou consuetudinárias, devem ser cumpridas pela comunidade jurídica internacional.

Assim, a formação das normas gerais processa-se pela via do costume ou por meio do tratado, ou seja, por intermédio dos próprios membros da comunidade, e não por meio de um órgão legislativo especial (KELSEN, 1999, p. 226).

O Direito internacional consta de normas que originariamente foram criadas através de atos de Estados - quer dizer, dos órgãos para o efeito competentes segundo as ordens jurídicas dos Estados singulares - para regulamentação de relações interestaduais, atos esses que operaram tal efeito pela via do costume. São estas as normas do Direito internacional geral - geral porque impõe deveres e atribui direitos a todos os Estados. Entre elas tem particular importância a norma que usualmente é

designada pela fórmula *pacta sunt servanda*. Ela autoriza os sujeitos da comunidade jurídica internacional a regular, através de tratados, a sua conduta recíproca, quer dizer, a conduta dos seus órgãos e súditos em relação aos órgãos e súditos dos outros. O processo consiste em que, através do expresso acordo de vontades dos órgãos de dois ou mais Estados para tanto competentes, são criadas normas pelas quais são impostos deveres e conferidos direitos aos Estados contratantes. O Direito internacional pactício atualmente em vigor tem, à parte certas exceções, caráter meramente particular. As suas normas não vigoram em relação a todos os Estados, mas apenas em relação a dois ou a um grupo maior ou menor de Estados. Constituem simplesmente comunidades parcelares (KELSEN, 1999, p. 226).

A exemplo do que se propõe no direito estatal, Hans Kelsen apresenta, no direito internacional, uma teoria também escalonada, composta ao menos por três níveis, nesta ordem: o direito consuetudinário, o pactício (ou convencional) e as normas criadas pelos tribunais internacionais. Sendo um direito escalonado, assim como na teoria pura do direito voltada ao Estado, a teoria pura voltada à ordem internacional tem como norma superior sempre a anterior.

A tal propósito importa notar que o Direito internacional particular pactício e o Direito internacional geral consuetudinário não devem ser considerados como grupos de normas entre si coordenados. Como a base de um é formada por uma norma que pertence ao outro, os dois encontram-se na relação de um escalão ou grau superior para um escalão ou grau inferior. E, se tomarmos também em consideração as normas jurídicas que são criadas pelos tribunais internacionais e por outros órgãos internacionais pacticiamente instituídos, então observa-se ainda um terceiro escalão na estrutura do Direito internacional. Com efeito, a função de um tal órgão criador de Direito internacional apóia-se, ela mesma, de novo, num pacto de Direito internacional, numa norma, portanto, que pertence ao segundo escalão do Direito internacional. Como este - o Direito internacional produzido pela via dos tratados internacionais - se apóia sobre uma norma do Direito internacional geral consuetudinário, sobre uma norma do estrato ou camada relativamente mais elevada, é mister que, como já anteriormente frisamos, valha como norma fundamental pressuposta do Direito internacional uma norma que institua como fato gerador de Direito o costume constituído pela conduta recíproca dos Estados. (KELSEN, 1999, p. 227)

Do fragmento colacionado, fica evidente que, para o autor, a norma costumeira é hierarquicamente superior aos tratados. Quanto ao reconhecimento dos princípios gerais de direito pela Corte Internacional de Justiça, Antônio Augusto Cançado Trintade expõe, em sua tese, os Princípios do Direito Internacional Contemporâneo:

Nos assuntos internacionais, acrescentou R. Fernandes, quando “falta legislação” e o direito consuetudinário é de formação lenta, “a necessidade prática de reconhecimento da aplicação de tais princípios é muito maior”; em todo caso – concluiu – a Corte (CPJI) não poderia nem deveria se tornar uma secretaria de “atos dos fortes contra os fracos”⁴⁵. Ao final do trabalho da Comissão, os princípios gerais do direito foram reconhecidos como integrantes das “fontes” formais do direito internacional enumeradas no artigo. do Estatuto da Corte da Haia (CPJI, e, posteriormente, CIJ). (2017, p. 189)

Ainda que não se tome partido pelo monismo internacionalista da teoria pura e não se acate sua proposta hierárquica, não se falava, na doutrina de então, e não falam os doutrinadores de hoje, em superioridade do tratado em relação a costume internacional. O mais corrente é que

“em verdade, não há hierarquia entre tratado e costume, podendo o segundo derrogar o primeiro” (REZEK, 2011, pp. 154-155).

O costume internacional se forma da prática reiterada dos atores no direito das gentes. Diversos costumes internacionais se formaram ao longo dos séculos, entretanto, dada a velocidade do mundo contemporâneo, não se exige uma confecção que se conclua ao longo de tantos anos assim. Isso é o que explica Francisco Rezek:

Fala-se numa repetição de certo procedimento ao longo do tempo, e isto gera no espírito do estudioso a questão: quanto tempo? Regras costumeiras existem – por exemplo, no domínio do direito relativo ao alto mar, à guerra, à gênese dos tratados – que se forjam num passado remoto, e que se supõem consolidadas só ao cabo de alguns séculos de uma prática rarefeita, em razão das circunstâncias. **Observe-se, porém, que a celeridade das coisas contemporâneas contagiou o processo de produção do direito costumeiro.** No julgamento do caso da plataforma continental do mar do norte, a Corte Internacional de Justiça teve ocasião de estatuir que “...o transcurso de um período de tempo reduzido não é necessariamente, ou não constitui em si mesmo, um impedimento à formação de uma nova norma de direito internacional consuetudinário ...” (REZEK, 2018, p. 149) (Grifou-se)

É importante lembrar que a prática reiterada não quer dizer necessariamente uma ação reiterada, podendo ser, também, uma omissão reiterada.

o procedimento cuja repetição regular constitui o aspecto material do costume não é necessariamente positivo: pode, também, cuidar-se de uma **omissão**, de uma abstenção, de um não fazer, frente a determinado contexto. (REZEK, 2018, p. 149) (Grifou-se)

Seja costume de fazer, seja de deixar de fazer, demanda-se sua demonstração, que pela natureza não escrita do costume, torna a tarefa bem mais complexa. Valério Mazzuoli ensina que o costume internacional pode retirar suas provas tanto dos atos dos Estados como dos atos das organizações internacionais:

Prova do costume pode se der por duas vias distintas, a no âmbito dos Estados e no âmbito das relações internacionais: Tanto os atos dos estados (praticados, normalmente, por meio dos seus órgãos nas relações internacionais, como os chefes de Estado, os Ministros de Relações Exteriores ou Agentes Diplomáticos) quanto os das organizações internacionais (manifestados em decisões, diretrizes, declarações, recomendações, resoluções ou outra espécie congêneres) são aptos para criar a repetição necessária à formação da chamada *inverterata consuetudo*, que se traduz no elemento material do costume. (MAZZUOLI, 2018, p. 131)

Quanto ao primeiro, o ex-juiz da Corte Internacional de Justiça, Francisco Rezek, afirma não serem apenas atos executivos da diplomacia, mas também atos legais e decisões judiciais. Veja-se:

Busca-se, materialmente, a prova do costume em atos estatais, não só executivos – via de regra aqueles que compõem a prática diplomática -, mas ainda nos textos legais e nas decisões judiciais que disponham sobre temas de interesse do direito das gentes. (REZEK, 2018, p. 149)

De outro lado, é possível, como já se disse. Busca-se, ainda, a prova do costume na jurisprudência internacional (REZEK, 2018, p. 153). Nesse caso, os costumes podem ser extraídos da jurisprudência dos órgãos internacionais:

Por “precedentes” se entendem os casos aplicados pelo Estado ou organizações internacionais, de forma reiterada e uniforme, quando da repetição de fatos semelhantes. Daí se entender que a formação do costume opera pela imitação ou repetição (progressiva e espontânea) de fatos de variada natureza, que ocorrem na ordem jurídica interna ou internacional, objetivando a afirmação de um princípio de Direito Internacional Público. (MAZZUOLI, 2018, p. 131)

Ao contrário do que se possa pensar à primeira vista, o costume geral de direito internacional não reclama seu reconhecimento pela totalidade dos Estados que compõem a comunidade internacional. Esse costume pode ter um alcance, universal, regional ou ainda somente local:

Extensão geográfica do costume. A extensão geográfica do costume, dentro do quadro da chamada prática generalizada de atos, pode dar-se em contexto universal, regional ou, até mesmo, local. Tal demonstra que para existir um costume internacional não se exige que todos os estados (ou organizações internacionais) do mundo aceitem certa prática como sendo juridicamente obrigatória (...). Ou seja, a expressão “prática geral aceita como sendo o direito” não requer o aceite universal de uma regra por todos os sujeitos do Direito Internacional Público, para só então caracterizar-se verdadeiro costume. (MAZZUOLI, 2018, p. 134)

A Corte Internacional de Justiça, órgão de justiça global, já em 1951, reconheceu a existência de um costume internacional pelo reconhecimento regional e não universal, sendo ele aplicado em seu julgamento – como instância de caráter global (REZEK, 2018). Isso demonstra clara não só a existência de costumes gerais de direitos internacionais regionais ou locais, como a possibilidade de eles serem aplicados por um tribunal ou corte de justiça global.

Avançando a outra questão de fontes e hierarquia do direito internacional público, chega-se ao *jus cogens*. Se não se pode falar em hierarquia entre tratado internacional e costume internacional, diferente é o caso se o costume seja de *jus cogens*. Veja-se o que diz Flávia Piovesan, citando Theodor Meron:

A Corte Internacional de Justiça acolheu a idéia de hierarquia no âmbito do Direito Internacional no famoso caso ‘Barcelona Traction’, sugerindo que os direitos básicos da pessoa humana criam obrigações ‘erga omnes’. (...) A noção de normas peremptórias no Direito Internacional (*jus cogens*) está prevista nos Artigos 53 e 64 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. O artigo 53 estabelece o seguinte: ‘Um tratado é nulo, se no momento da sua conclusão, conflita com normas peremptórias de Direito Internacional. Para os fins desta Convenção, uma norma peremptória de Direito Internacional é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como uma norma à qual nenhuma derrogação é permitida e que apenas pode ser modificada por uma norma

posterior de Direito Internacional geral que apresente a mesma natureza. (THEODOR MERON *apud* PIOVESAN, 2007, p. 66)

Foi a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, em seus artigos 53 e 64, que estabeleceu a hierarquia superior desse tipo de costume internacional, determinando que o *jus cogens* não aceita acordo em sentido contrário:

Um segundo tema que eu gostaria de examinar brevemente se refere a um conjunto de princípios – que, em grande extensão, coincidem com as obrigações ‘erga omnes’. Eu me refiro ao ‘jus cogens’, aquele universo de princípios que apresentam uma especial força legal, tendo em vista que não podem ser derogados ou contritados pelas previsões dos tratados ou do direito costumeiro. O Direito dos povos à autodeterminação e **tantos outros direitos humanos têm** contribuído para esta nova visão do Direito Internacional. (CASSESSE *apud* PIOVESAN, 2007, p. 66)

O fragmento anterior, em que Flávia Piovesan cita o ex-juiz do Tribunal Penal Internacional para Ruanda e para a ex-Iugoslávia, Antonio Cassesse, diversas normas de direitos humanos podem se revestir da imperatividade de direito *cogens*. Também no Brasil, se reconhece o grande traço evolutivo do direito internacional em reconhecer o *jus cogens* e sua superioridade hierárquica:

Um dos traços mais marcantes da evolução do Direito Internacional contemporâneo foi, sem dúvida, a consagração definitiva do jus cogens no topo da hierarquia das fontes do Direito internacional, como uma ‘supra-legalidade internacional’(...)“No estado actual do Direito Internacional, o *jus cogens* engloba predominantemente regras convencionais sobre direitos e liberdades fundamentais” (PEREIRA; QUADROS, 1993, pp. 277, 282).

Também nesse sentido, Cançado Trindade afirma:

Em nosso Voto Arrazoadado no Parecer da CIJ (de 22/7/2010) sobre a *Declaracao de Independencia do Kosovo*, tivemos a ocasião de assinalar, *inter alia*, precisamente a relevância dos princípios do direito internacional no âmbito do Direito das Nações Unidas, e em relação aos *finis humanos* do Estado⁵, levando ademais à superação do tradicional paradigma estritamente interestatal no direito internacional contemporâneo. Não se pode esquecer que os Estados foram historicamente criados para os seres humanos. O novo *jus gentium* de nossos tempos encontra-se centrado não nos Estados, mas sim nos seres humanos, mantendo em mente as necessidades da comunidade internacional como um todo. (CANÇADO TRINDADE, 2017, p. 450)

Dessa maneira, pode-se dizer, sem muitas dúvidas, que, nos tempos atuais, os direitos humanos ocupam uma posição jurídica central. Seus princípios estão espalhados por todos os ramos do direito positivo em Estados Democráticos de Direito. Particularmente, para os fins desta tese, estão na fundamentação do direito constitucional e do direito internacional.

Os direitos fundamentais sob os quais todo o edifício constitucional se baseia são, inclusive, cláusulas pétreas no ordenamento brasileiro. E, em uma análise *pro homine*, o princípio da dignidade da pessoa humana irradia, ali em sua disposição constitucional, os métodos mais válidos de interpretação de todo o direito interno.

Não é por menos que, também, no campo do direito internacional, esse princípio parece ser basilar, pois está disposto logo no preâmbulo da, talvez, carta de direitos mais importante que a humanidade hoje dispõe: a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948.

Conforme ensina André de Carvalho Ramos sobre o tema:

Os direitos humanos representam hoje a nova centralidade do Direito Constitucional e também do Direito Internacional. No Direito Constitucional, há a jusfundamentalização do Direito, fenômeno pelo qual diferentes normas do ordenamento jurídico se formatam à luz dos direitos fundamentais. [...] No plano internacional, os direitos humanos sofreram uma ruptura ocasionada pelos regimes totalitários nazifascistas na Europa na Segunda Guerra Mundial e, após, foram reconstruídos com a internacionalização da matéria. (RAMOS, 2016, p. 91)

Em que pese a defesa incontestada dos direitos humanos nos ordenamentos jurídicos das mais diversas nações, uma de suas características mais elementares, até por sua proposta humanitária, é a abrangência transnacional. Se os direitos humanos valem pela crença na dignidade da pessoa humana, tal disposição não se refere a uma cidadania específica, mas diz respeito a uma qualidade que todos os homens do mundo compartilhariam.

Assim, pode-se dizer que os direitos humanos são uma das ligações operacionais mais importantes nas relações entre o direito interno de um país e o direito externo. Em outras palavras, são instrumentos imprescindíveis para as relações entre o direito constitucional e o direito internacional. E não é possível uma interpretação de sucesso de questões que se referem a essa intersecção, sem uma abordagem a partir dos direitos humanos.

É salutar, então, fazer um elenco, mesmo que não seja exaustivo, dos principais princípios de direitos humanos e, para a sequência da argumentação que se iniciou nesta tese, sublinhar, em específico, os princípios que estão mais diretamente ligados à imbricação entre direito constitucional e direito internacional.

Os princípios de direitos humanos estão interligados pela força lógica da proteção da dignidade humana e, muitas vezes, derivam uns dos outros na sua fundamentação. A principiologia geral que os comanda é enorme, mas pode-se afirmar que todos dependem da percepção de que os homens não apenas não devem ser tratados de maneira degradante, mas também merecem condições mínimas para a sobrevivência.

Nesse sentido, André de Carvalho Ramos discorre:

Há dois elementos que caracterizam a dignidade humana: o elemento positivo e o elemento negativo. O elemento negativo consiste na proibição de se impor tratamento ofensivo, degradante ou ainda discriminação odiosa a um ser humano. Por isso a própria Constituição dispõe 'ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante' (art. 5º, III) e ainda determina que 'a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais' (art. 5º, XLI). Já o elemento positivo do conceito de dignidade humana consiste na defesa da existência de condições materiais mínimas de sobrevivência a cada ser humano. Nesse sentido,

a Constituição estabelece que a nossa ordem econômica tem ‘por fim assegurar a todos existência digna’ (art. 170, *caput*). (RAMOS, 2016, pp. 77-78)

Ou, no mesmo sentido, Vicente de Paulo Barreto afirma:

O conteúdo do princípio da dignidade humana pode desdobrar-se em duas máximas: *não tratar a pessoa como simples meio e assegurar as necessidades vitais da pessoa humana*. Ambas as máximas deitam suas raízes na teoria moral de Kant e podem servir como bases para justificar a natureza jurídica da dignidade humana. (BARRETO, 2013, p. 74)

A dignidade da pessoa humana é o supraprincípio elementar que orienta todas as outras normas, tanto que é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro conforme dispõe o art. 1º, III, da CF/1988.

Sobre o caráter principiológico da dignidade da pessoa humana, Ricardo Castilho afirma: “Em suma, a dignidade da pessoa humana é um princípio. Mas um princípio orientador, inclusive, de todos os demais princípios presentes no ordenamento. Poderíamos dizer, então, que se trata de um supraprincípio.”. (CASTILHO, 2015, p. 256)

O mesmo autor, sobre a extensão desse princípio, diz:

Ser erigida à condição de princípio fundamental foi algo inédito em nosso constitucionalismo e demonstrou clara reação ao regime então vigente. Significa que a dignidade da pessoa humana constitui valor a embasar todo ordenamento jurídico pátrio, notadamente no campo da hermenêutica das normas infraconstitucionais. (CASTILHO, 2015, p. 255)

Os princípios específicos que serão tratados aqui são os da (1) universalidade, (2) unidade, (3) abertura, (4) intangibilidade e (5) a proibição do retrocesso.

A universalidade é o princípio que traduz a ideia de que os direitos humanos são devidos a todos os seres humanos, não importando, nesse sentido, quaisquer diferenças ou qualidades, como: opção sexual, opção política, nacionalidade, religião ou outras.

É claro que tal concepção de universalidade desses direitos é a primeira responsável pela internacionalização dos direitos humanos e a proclamação da necessidade de sua defesa em todo o planeta.

O marco da universalidade foi a publicação da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que dispõe que basta a condição humana para ser titular desses direitos. O art. 1º do referido dispositivo é claro: “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”.

Tal titularidade, como membros da espécie humana, de direitos sem qualquer distinção, sendo todos os seres humanos pensados em regime de igualdade valorativa, leva à derivação lógica de que os direitos humanos são devidos em todas as partes do globo. Ou seja, sua

transnacionalidade e inerência decorrem da constatação de sua universalidade. Isso significa também perceber que a proteção dos direitos humanos, por ser universal, deve ser universalizada, ou seja, deve ser disposta em regras e princípios de direito internacional que vinculem todos os países do mundo. Sob a lógica dessa transnacionalização, também decorre que esses direitos devem ser incorporados no direito interno de todos os ordenamentos jurídicos dos Estados.

A ideia de universalidade está em perfeito acordo com a dignidade da pessoa humana.

Segundo Vicente de Paula Barreto:

Verifica-se então como a dignidade humana se encontra referida à questão não do indivíduo, mas da humanidade. O homem dos direitos humanos representa, juridicamente, o indivíduo universal no exercício de sua liberdade também universal. A humanidade, por sua vez, é a reunião simbólica de todos os homens enquanto seres humanos. Reconhece-se a pessoa como pertencente a um mesmo gênero: o “gênero humano” (BARRETO, 2013, p. 66)

A unidade dos direitos humanos assegura que não se pode proteger alguns dos direitos humanos em detrimento de outros. O arcabouço desses direitos constituiria uma unidade incindível em si. Todos os direitos humanos contribuem para a realização da dignidade humana; e sua atenção deve ser em integralidade, sem exclusões.

Desse princípio, derivam a interdependência e a indivisibilidade dos direitos humanos. Não caberia, então, aos Estados-Nações escolher quais direitos da Declaração Universal dos Direitos Humanos se positivariam em seus ordenamentos internos e quais direitos seriam dispensados. A unidade dos direitos humanos assegura que, não divididos e interdependentes em si, eles devam ser obedecidos como um único e mesmo comando geral, a ter várias facetas de operação.

Assim, mesmo que sejam presentes de maneira difusa pelo ordenamento, devem ser entendidos como um único dispositivo de garantia. Nesse sentido, Alexandre de Moraes comenta: “Os direitos e garantias expressos na Constituição Federal não excluem outros de caráter constitucional decorrentes do regime e dos princípios por ela adotadas, desde que expressamente previstos no texto constitucional, mesmo que difusamente”. (MORAES, 2017, p. 392)

A abertura dos direitos humanos é o princípio que consiste na possibilidade, sempre presente, de expansão do rol dos direitos necessários a uma vida digna. Isso significa dizer que o rol dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal brasileira, por exemplo, não é taxativo.

Direitos já protegidos, então, não excluem a possibilidade de abertura a novas proteções. Em direitos humanos, a interpretação ampliativa que contemple novos direitos é sempre salutar.

Não é por outro motivo que o § 2º do art. 5º da Constituição Federal estipula que os direitos nela previstos expressamente não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios da Constituição e em tratados de direitos humanos celebrados pelo Brasil.

Nesse sentido, Alexandre de Moraes assevera:

A Constituição Federal não exclui a existência de outros direitos e garantias individuais, de caráter infraconstitucional, decorrente dos atos e tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. [...] A EC nº 45/04 concedeu ao Congresso Nacional, somente na hipótese de tratados e convenções internacionais que versem sobre direitos humanos, a possibilidade de incorporação com status ordinário (CF, art. 49, I) ou com status constitucional (CF, § 3º, art. 5º) (MORAES, 2017, p. 394)

Direitos humanos não são, assim, exauríveis.

A intangibilidade dos direitos humanos assegura que eles não deixam de valer por um decurso de tempo (imprescritibilidade), não podem ser vendidos como uma prestação pecuniária (inalienabilidade) e não podem ser renunciados (irrenunciabilidade).

De fato, os direitos humanos não se perdem pela passagem do tempo. Também a dignidade humana é uma qualidade e não pode ser medida em termos de quantidade financeira. E aos seres humanos não cabe abrir mão dessa própria qualidade que o transforma em um ser digno de proteção.

A proibição do retrocesso, também conhecida como “efeito cliquet” é um princípio de não retorno de uma concretização dos direitos humanos. Veda-se a eliminação já alcançada na proteção de algum direito ou o retrocesso a uma situação anterior ao fato de ele estar sendo protegido.

Segundo essa perspectiva, quando se fala em direitos humanos, somente pode-se permitir aprimoramentos e acréscimos, ou seja, em outras palavras, mais direitos e protetividade, e não menos direitos e proteção.

É interessante perceber, inclusive, para os fins desta tese, que a proibição do retrocesso também é princípio no direito internacional, não devendo ser pensada exclusivamente no direito positivo interno dos Estados.

Nesse sentido, André de Carvalho Ramos dispõe:

A proibição do retrocesso é característica também da proteção internacional dos direitos humanos, pois, cristalizou-se no plano internacional, a chamada proibição do retrocesso, pela qual é vedado aos Estados que diminuam ou amesquinhem a proteção já conferida aos direitos humanos. Mesmo novos tratados internacionais não podem impor restrições ou diminuir a proteção de direitos humanos já alcançados (RAMOS, 2016, p. 100)

Dessa forma, a humanidade das penas decorrentes dos tratados internacionais de direitos humanos referidos neste tópico, do qual, como já evidenciado, faz parte a vedação da pena de caráter perpétuo, não pode sofrer retrocesso, com previsão de pena que contrarie tal princípio.

4.5 A PENA DE PRISÃO PERPÉTUA SOB O PRISMA DOS DIREITOS HUMANOS E DO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO

Como foi visto no início deste capítulo, a pena de prisão perpétua foi aprovada no Estatuto de Roma para o Tribunal Penal Internacional como uma concessão em vista da pressão exercida pelos Estados que defendia, antes, a pena de morte. Os Estados que combateram a ideia de pena de morte também entendiam não ser possível a adoção da pena perpétua, mas, em vista de se conseguir aprovar o texto em discussão, cederam aos primeiros.

Compromissos internacionais assumidos anteriormente pela maioria dos Estados-Partes da Convenção de Roma, em especial a Declaração dos Direitos do Homem (1948), a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (decreto n.º 40, de 15 de fevereiro de 1991), Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (decreto n.º 592, de 6 de julho de 1992.) e Pacto de São José da Costa Rica (decreto n.º 678, de 6 de novembro de 1992), traziam a vedação das penas cruéis e inumanas, como é o caso da pena de prisão perpétua. O Brasil é signatário de todos os quatro acordos internacionais.

Em especial, os últimos dois dizem expressamente que a pena tem de ter o fim de ressocialização e reinserção do apenado na sociedade, o que, por simples lógica, não pode ser o fim de uma pena de caráter perpétuo.

Isso, em respeito à observância do princípio da *pacta sunt servanda*, impõe que o Tribunal Penal Internacional não possa importar aos signatários das Convenções mencionadas a pena de prisão perpétua. Também nesse diapasão, em respeito ao princípio da vedação ao retrocesso em direitos humanos o Tribunal Penal Internacional não poderia afastar tais regras para aplicar a sua pena mais gravosa.

A análise do cumprimento das penas perpétuas exauradas pelo Tribunal Militar Internacional de Nuremberg e pelo Tribunal Militar para os Criminosos do Extremo Oriente demonstra que a prática dos Tribunais Internacionais não tem sido de levar a cabo o cumprimento das prisões perpétuas, colocando-os, assim, condenados em liberdade, no tempo médio de dez anos. Isso revela, além da desnecessidade da pena de prisão perpétua, insuportável

desproporcionalidade, uma vez que os apenados com penas por anos determinados realizaram o cumprimento integral de suas penas, cumprindo, muitas vezes, maior pena do que os primeiros.

Nessa esteira, o Tribunal Penal Internacional prolatou, até o presente dia, oito condenações, a saber:

Ahmad Al Faqi Al Mahdi foi condenado, em 27 de setembro de 2016, à pena de nove anos de prisão. Ele teria cometido crimes de guerra consistente por ter dirigido intencionalmente ataques contra prédios religiosos e históricos em Timbuktu, Mali. Na página oficial do Tribunal, não consta julgamento de recurso, mas a sentença é definitiva.

Germain Katanga foi condenado, em 7 de março de 2014, à pena de 12 anos de prisão. Essa sentença é definitiva, uma vez que a defesa e a procuradoria desistiram dos seus recursos em 25 de junho de 2014. Sua condenação baseia-se no fato de ter sido cúmplice de crime contra a humanidade (assassinato) e quatro de crimes de guerra (assassinato, ataque a uma população civil, destruição de propriedade e pilhagem), cometidos em 24 de fevereiro de 2003, durante o ataque na aldeia de Bogoro, no distrito de Ituri da RDC.

Thomas Lubanga Dyllo foi condenado, em 1º de julho de 2012, à pena de 14 anos de prisão, pelos crimes de guerra: alistar e recrutar menores de 15 anos e de os utilizar para participar ativamente nas hostilidades (crianças soldadas). Em 19 de dezembro de 2015, o Sr. Lubanga foi transferido para uma prisão na RDC, para cumprir a sua pena de prisão. Em 15 de março de 2020, Thomas Lubanga foi libertado depois de cumprir os 14 anos de prisão.

Em 8 de julho de 2019, a VI Câmara de Julgamento do TPI considerou Bosco Ntaganda culpado, de 18 acusações de crimes de guerra e crimes contra a humanidade, cometidos em Ituri, RDC, em 2002-2003. Em 7 de novembro do mesmo ano, Bosco Ntaganda teve sua pena de 30 anos de prisão declarada. Em 30 de março de 2021, a Câmara de Recursos do TPI confirmou a condenação.

Dominic Ongwen, em 4 de fevereiro de 2021, foi considerado pela Câmara de Julgamento IX por um total de 61 crimes, compreendendo crimes contra a humanidade e crimes de guerra, cometidos no Norte de Uganda, entre 1º de julho de 2002 e 31 de dezembro de 2005. Em 6 de maio de 2021, a Câmara de Julgamento IX declarou sua pena em 25 anos de prisão. Ainda cabe recurso de ambas as partes. Em 21 de maio, o advogado de defesa apresentou notificação de sua intenção de apelar da sentença de julgamento. O último prazo para apresentar recursos a sentença foi prorrogado para 26 de agosto de 2021.

Há ainda um outro caso em que o Tribunal já prolatou condenações. É o caso em que Bemba *et al.*, Jean-Pierre Bemba Gombo, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Narcisse Arido,

Fidèle Babala Wandu e AiméK ilolo Musamba foram condenados por crimes contra a administração da justiça do Tribunal, os quais não foram puníveis com a pena de prisão perpétua.

Observando as condenações prolatadas pelo Tribunal, se nota o abandono à utilização da pena de caráter perpétuo, notadamente nos casos de Bosco Ntaganda e Dominic Ongwen, seja pelo número pela gravidade dos atos, seja pela sua quantidade.

Assim, tem-se criado, na história dos Tribunais Militares/Penais internacionais, um princípio de não cumprimento da pena de prisão perpétua mesmo quando por eles exarada. Enquanto que, no Tribunal Penal Internacional, há uma ano completar sua segunda década de funcionamento, não se encontra qualquer condenação à pena de prisão perpétua, isso demonstra um costume em seu âmbito de atuação de não aplicação da alínea “b” do seu artigo 77.

Mas mais do que isso, é necessário reconhecer a existência de um princípio geral de direito internacional público no sentido da vedação das penas cruéis e inumanas, retirado das convenções e dos pactos internacionais - Declaração dos Direitos do Homem (1948), a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (decreto n.º 40, de 15 de fevereiro de 1991), Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (decreto n.º 592, de 6 de julho de 1992) e Pacto de São José da Costa Rica (decreto n.º 678, de 6 de novembro de 1992), no qual está inserida também a vedação da pena de prisão perpétua.

Flávia Piovesan e Daniela Ribeiro Ikawa assim aduzem:

É interessante mencionar, contudo, a possibilidade levantada por Dirk Van Zyl Smit de, no futuro, organismos internacionais de direitos humanos determinarem que a previsão da pena de prisão perpétua viola as normas de direitos humanos reconhecidas internacionalmente (PIOVESAN; IKAWA, s.n., p. 180).

Nesse sentido, Dirk Van Zyl Smit, em obra publicada em 1998, já apontava no sentido do reconhecimento por parte dos organismos internacionais, no sentido de a pena perpétua violar os direitos humanos reconhecidos internacionalmente. É evidente que a pena perpétua viola flagrantemente as normas de direitos humanos. Dessa forma, o que aqui se defende é que tal reconhecimento tenha o condão de afastar a pena de prisão perpétua nos julgamentos do Tribunal Penal Internacional. Essa norma se reveste de imperatividade, sendo verdadeiro direito *cogens*.

5. CONCLUSÃO

Nestas linhas de conclusão, se defendem três teses em progressão argumentativa, capítulo por capítulo. A primeira é que a prisão perpétua é ineficaz sob a perspectiva do direito penal como um todo. A segunda, que a pena de prisão perpétua é inaplicável sob a perspectiva constitucional brasileira. E a última, que a humanidade das penas é um princípio internacional de *ius cogens* e, em decorrência disso, a pena de prisão perpétua não deve ser aplicada no direito penal internacional.

A prisão perpétua, assim como a prisão em geral, passou a ser utilizada com fins penais na modernidade. No período medieval e antes dele, salvo poucas exceções, a prisão tinha cunho processual. Após serem analisados os fins da pena, se verificou que a pena de prisão perpétua não logra êxito de se justificar teoricamente.

A retribuição é consistente em inflingir o mal da pena a quem cometeu o mal do delito. Durante o itinerário antigo até a idade moderna, era a retribuição que orientava a aplicação da pena. Sua máxima era expressa na Lei de Talião, do olho por olho e do dente por dente. Essa concepção está muito ligada, desde esses tempos, à proporcionalidade das penas. Na modernidade, com o novo paradigma filosófico do Iluminismo, a punição também sofre profundas modificações. Nesse quadro, a retribuição também ganhou uma nova fundamentação ético-jurídica. Especial importância para o fim retribucionista tem a filosofia de Immanuel Kant, em que a conduta moral se pauta pelo imperativo categórico; e a pena, por imperativo legal. Como imperativa, a pena deve ser aplicada sempre que se realize delito, sem outra justificação externa do tipo utilitarista. Após Kant, outro filósofo moderno que atribuiu significação maior à arcaica retribuição é Wilhelm Friedrich Hegel.

Como se sabe, Hegel é novidadeiro com seu método dialético. O processo filosófico de oposição de tese com antítese, para a formação de uma nova síntese, é replicado em toda a sua produção e também na teoria do direito e da pena que se extrai da inteligência de suas obras. O crime é apenas um mal provisório que deve ser quebrado pelo mal da pena para que não se perpetue e, assim, se restabeleça a vigência da norma. Nesse diapasão, a previsão legal do crime, conduta proibida e pena, preceito primário e secundário, respectivamente, é a tese, enquanto que a conduta humana que contraria a lei penal, a realização do delito, é a antítese, e a aplicação da pena é a síntese. Assim, a lei diz o direito vigente, o cometimento do delito nega a vigência da lei e a aplicação da pena reafirma a vigência da lei. A pena como síntese contém a norma

penal e a conduta humana que a desafia. Nesses termos, a retribuição dialética do autor se baseia na preservação da norma e do Estado.

Em ambos os três casos, a retribuição é pautada pela proporcionalidade e pela retribuição direta ou simbólica de um mal pelo outro. Quanto a isso, a pena de prisão perpétua exerce mal a representação tanto direta quanto simbólica. Não há algo que se demonstre ser a pena de prisão perpétua mais representativa do que a pena de prisão por tempo determinado. Só se pode demonstrar ser um mal maior, mas, nesses termos, mal maior ainda será representado pela pena de morte, que, inclusive, representa, também melhor, a representação da pena.

No que consiste à prevenção geral positiva, em que o preceito secundário do tipo penal, a pena, como sustentou Johann Anselm Ritter von Feuerbach, exerce uma função de coação psicológica, ao ameaçar o todo social abstratamente a infligir o mal representado por ela, tem função de evitar o cometimento de delitos. Já a prevenção geral negativa tem o fim de, ao aplicar a pena a um membro da sociedade, faz gerar nos demais a certeza da pena, também como desestímulo, mas, dessa vez, ao cometimento de novos delitos, como pontuou Cesare Beccaria. Ambas as prevenções gerais se revestem de concepção utilitarista como aquela da filosofia de Jeremy Bentham. Desse modo, o crime representa o ganho; e a punição representa o custo. Assim, enquanto maior o custo — enquanto maior a pena — maior seu poder de inibição. Entretanto, não se pode verificar, na prática, que a pena de prisão perpétua tenha intimidado mais o cometimento de delito do que as altas penas por número de anos determinados. Só em um plano abstrato de ideias, tal acerto decorreria da lógica, mas, nesse sentido, a pena de morte teria maior poder de inibição do que a pena de vida. Viu-se defender que a pena de prisão de algumas modalidades de prisão perpétua poderia gerar maior inibição do que a pena de morte, mas, em modalidades de pena perpétua com trabalhos forçados, o que já não existe nos ordenamentos penais contemporâneos. No funcionalismo de Jakobs, a pena tem a função de preservar o sistema e, também, nessa formulação, a pena de prisão perpétua não se ajustaria aos seus fins.

O fim de prevenção especial negativa, consistente na inocuização do apenado. Raffaele Garofalo (ZAFFARONI, 2013) advogou a tese de que a pena se dirige ao apenado para que, enquanto cumpre a sanção, se encontra impossibilitado de cometer novos delitos. Quanto a isso, se viu que o cárcere é local de alta criminalidade, tanto na realização de delitos dentro das prisões como fora delas. Assim, a inocuização da prisão em geral não tem se concretizado e, por via de consequência, na prisão perpétua também não. A esse fim é o que mais se amolda a pena de morte: morto, o apenado completamente inocuizado estará.

Para os fins da pena supramencionados, conclui-se que a pena perpétua não logra de realizar seus fins, sendo inclusive a pena de morte mais adequada. Nessa esteira, a pena de prisão perpétua só tem se justificado, justamente, em substituição à pena de prisão perpétua, com o fim de se alcançar a humanização das penas. Entretanto, abolir a pena de morte não é o suficiente para se humanizar a punição, sendo a pena de prisão perpétua uma modalidade de pena altamente inumana.

Por outro lado, com o fim de prevenção especial positiva, que consiste na aplicação da pena sobre o apenado para o reeducar, reinserir e resocializar, há verdadeira impossibilidade lógica. Não se pode realizar o fim esperado da pena, uma vez que a teleológica da prisão perpétua está justamente no afastamento vitalício do condenado em relação à sociedade.

No que concerne à fundamentação do Estado moderno, investigou-se a teoria do contrato social para que se pudesse perceber que o pacto deve ser bom e justo para os indivíduos, pautando-se na subjetividade que é fruto também do século das luzes. Em outro giro, pode-se notar que o Estado é forjado pelo coletivo de indivíduo, e não na ampliação da família. Assim, a célula *mater* da sociedade só pode ser o indivíduo. O desdobrar desse movimento filosófico gerou a era das revoluções; e essas desenvolveram no direito a concepção dos direitos fundamentais e das suas dimensões. Evidenciou-se que o direito penal é direito individual, portanto é direito de primeira dimensão, por isso é direito do cidadão em face do poder punitivo, e não direito punitivo – *ius puniendi*.

Estudaram-se a soberania e seu caráter de superioridade que sofreu grandes evoluções na teoria política, evoluindo do Estado para o povo e pelo poder de decidir ao se perceber, ainda, que o direito internacional engendra uma limitação ao poder absoluto de soberania dos Estados.

Por tudo isso, conclui-se uma pequena tese contida no primeiro capítulo de que a pena de prisão perpétua não se adéqua bem aos fins da pena, sendo admitida apenas como substitutiva a prisão perpétua para se humanizar a punição, mas que a pena de prisão perpétua não resolve a questão da humanização. O estado é construído por indivíduos e a soberania decorre deles. O direito penal é direito fundamental de primeira dimensão, devendo limitar o poder de punir, evitando, por exemplo, a prisão perpétua.

No Brasil, a pena perpétua era permitida nas Constituições de 1824 (Brasil Império) e 1891 (Brasil República), tendo sido proibida, pela primeira vez, pela Carta Constitucional de 1937 (que deu uma base legal à ditadura de Getúlio Vargas), pela Constituição de 1946 (aprovada após a redemocratização) e pela Constituição de 1967 (que institucionalizou o regime militar), que mantiveram a vedação. Tendo sido reinserida no texto constitucional por via da

emenda constitucional número primeiro, de 1969, e novamente abolida pela emenda constitucional número 11º, de 13 de outubro de 1978.

A Constituição Federal de 1988 (atualmente vigente) é categórica ao vedar toda pena de caráter perpétuo.

O Código Penal de 1930 trazia dezenas de tipos penais punidos com a pena de prisão perpétua, enquanto que os outros dois Códigos Penais brasileiros, o de 1890 e o de 1940, não trouxeram semelhante previsão.

De outro giro, estudaram-se as teorias do direito internacional público, monismo nacionalista e internacionalista, dualismo e pluralismo. Quanto ao monismo, Hans Kelsen, principalmente na obra *Teoria Pura do Direito*, sustenta não existirem dois direitos distintos, o direito internacional e o direito estatal seriam partes do mesmo todo. Desse modo, uma única norma fundaria todo o direito, a norma fundamental que opera validade a todas as demais. Se essa norma fosse uma norma de direito interno, como a primeira constituição histórica, o Brasil estaria diante de um monismo com prevalência de direito interno. Se ela decorresse do direito internacional, o costume internacional seria um monismo com prevalência de direito internacional.

Karl Heinrich Triepel, como um dos mais notáveis defensores do dualismo, sustenta a separação total e completa do ordenamento interno e internacional. Para ele, as duas ordens distinguem-se: i) pelas relações sociais que regem; ii) nas vontades da qual emanam as regras jurídicas (ou fontes); e iii) na lógica dos ordenamentos, enquanto o estatal se organiza pela subordinação, o internacional se volta para a coordenação não hierarquizada.

O pluralismo, por sua vez, não se ocupa dos debates travados por Kelsen e Triepel, pugnando para uma aplicação multinível das normas, não existindo hierarquia entre elas. O fiel da balança do pluralismo jurídico é o princípio do *pro homini*, bastante desenvolvido na América Latina por Cançado Trindade.

Verificou-se que, na relação entre o Tribunal Penal Internacional e os Estados-Partes, não se pode aplicar o pluralismo jurídico, como se aplica no âmbito regional de proteção dos direitos humanos, pois diferentemente do que acontece no âmbito desses sistemas, o Tribunal Penal Internacional não reconhece os ordenamentos jurídicos dos Estados-Partes como fonte primária da sua juridicidade.

Nesse diapasão, concluiu-se, ainda, que, em matéria de direitos humanos, o Estado brasileiro adotou a teoria monista com prevalência de direito interno. Nesse itinerário, ao se observar o texto constitucional, no artigo 5º, no inciso XLVII, e o Estatuto de Roma, no artigo 77, “b”, serão verificadas normas antagônicas. Seja na possibilidade da hierarquia

materialmente constitucional do Estatuto de Roma, seja na possibilidade da supralegalidade do tratado, o Estado brasileiro estaria impossibilitado de entregar seu nacional à jurisdição do Tribunal, se lá pudesse ser condenado à pena de prisão perpétua.

Impõe-se como necessária a denúncia do tratado por parte do Estado brasileiro ou sua incorrência em ilícito internacional no caso de recusa da entrega.

Verificou-se, também, que a pena de prisão perpétua foi estabelecida no texto do Estatuto de Roma como uma medida de consecução política em substituição à pena de morte e, ainda, prevista como exceção e com cláusula de revisão. Mesmo assim, não é correto admitir que a pena de prisão perpétua responde positivamente à humanização das penas.

O Tribunal Penal Internacional que tem sua competência restrita apenas a cinco delitos encontra antecedentes históricos com os Tribunais do Pós-Segunda Guerra Mundial. Compulsando-se as condenações por eles exaradas e o cumprimento dessas, verificou-se que as penas de prisão perpétuas se extinguíram pela morte ou pela liberdade sob juramento em tempo médio de dez anos, o que aponta no sentido da desnecessidade e do abandono da modalidade de pena e, ainda, pela escancarada desproporcionalidade em vista do fato de prisões por anos determinados superiores aos dez anos de prisão terem tido seu cumprimento levado a cabo.

O Brasil é signatário da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1948), da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (decreto n.º 40, de 15 de fevereiro de 1991), do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (decreto n.º 592, de 6 de julho de 1992) e do Pacto de São José da Costa Rica (decreto n.º 678, de 6 de novembro de 1992). Tais tratados trazem, em seus textos, o princípio internacional de vedação das penas cruéis e inumanas. A abolição da pena de morte não é suficiente em realizar a humanização das penas, sendo a pena de prisão perpétua, repise-se, modalidade de pena cruel e inumana. Especialmente os dois últimos pactos citados deixam claro que a pena, para ser humana, deve ter por fim a ressocialização e reinserção, coisa que, por corolário lógico, a pena de prisão perpétua não objetiva fazer.

O direito internacional público tem sua normativa feita por duas ordens de normas: os tratados internacionais e os costumes internacionais. Hans Kelsen foi muito firme ao sustentar que os costumes internacionais detinham hierarquia superior à dos tratados internacionais, ou seja, contemporaneamente é amplamente aceito que não existe hierarquia entre eles. Entretanto, reconhece-se a existência de normas imperativas de direito internacional, as normas de *ius cogen*. Essas, sim, têm superioridade hierárquica. São capazes de derogar os tratados e

costumes contrários a ela, enquanto que sua derrogação só pode se dar por outra norma da mesma natureza.

Diversas normas de direitos humanos têm sido reconhecidas como norma de *ius cogens*. Os avanços em matéria de direitos humanos não podem ser abolidos. Imperativo também é o princípio de vedação ao retrocesso em matéria de direitos humanos.

Dessa forma, a humanidade das penas deve ser reconhecida como princípio internacional de direito internacional público e de direitos humanos internacionais, se revestindo de imperatividade, sendo verdadeira norma de *ius cogens*, tendo sido retiradas de diversos pactos internacionais como os alinhavados nestas conclusões.

A vedação da pena de prisão perpétua está contida dentro do princípio da humanidade das penas.

Portanto, o princípio da humanidade das penas e, em decorrência dele, a proibição da pena de prisão perpétua, sendo normas de *ius cogens* e ainda em vista da vedação de retrocessos em matéria de direitos humanos, derrogam, no plano internacional, qualquer norma que tenha instituído a pena de prisão perpétua.

Por consequência de tudo o que se buscou demonstrar, o Tribunal Penal Internacional deve se abster da aplicação da pena perpétua em razão do princípio de direito internacional público e de direitos humanos, da humanização das penas. Os Estados-Partes podem exigir do Tribunal a não aplicação da pena perpétua ou se negar a fazer a entrega, sem que cometam um ilícito internacional, uma vez que a exigência ou recusa não se baseia em norma do direito interno, mas sim em norma de *ius cogens* de direito internacional.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

ALFLEN DA SILVA, Pablo Rodrigo. **A implementação do estatuto de Roma no âmbito interno brasileiro ante as recentes movimentações no Tribunal Penal Internacional**. Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial., Brasília, v. 6, n. 2, pp. 379-398, jul./dez. 2009.

AMBOS, Kai. **La implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional em Alemania**. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, [S.l.], n. 7, pp. 1-31, 2005.

AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel, Jan (coords.). **Dificuldades jurídicas e políticas para a ratificação ou implementação do Estatuto de Roma da Corte Penal Internacional: contribuições da América Latina e Alemanha**. São Paulo: IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2006.

AMODIO, Ennio. **“Derechos humanos y derecho penal internacional. Diálogo político: derechos humanos y justicia internacional.”** In Diálogo político, año XXI, n.º 3. Konrad-Adenauer-Stiftung, Buenos Aires, 2004.

ARAÚJO, José Carlos Evangelista de; LEHFELD, Lucas de Souza. Os tratados internacionais de direitos humanos no âmbito da Emenda Constitucional 45/2004. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (org.). **Direito Internacional dos Direitos Humanos**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2012.

ARISTÓTELES. **A Política**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ARGENTINA. Ley 26.200. Publicada em 9 de janeiro de 2007^a.

ARROYO, L; LASCURAIN, J; PÉREZ, M. (2016). **Contra la cadena perpetua**. Ediciones Universidad de Castilla-La Mancha.

BADARO, Gustavo. O projeto de lei de adaptação da legislação brasileira ao Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional: tramitação e questões constitucionais polêmicas. In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; WOISCHNIK, J. (Org.). **Temas actuales del derecho penal internacional**. Buenos Aires: Konrad Adenauer Stiftung, 2005. p. 62 et seq.

BAHIA, Saulo José Casal. **O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira**. Imprensa: Salvador, Centro Editorial e Didático da UFBA, 1991. Descrição Física: 9 v.

BARATTA, Alesandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal; tradução Juarez Cirino dos Santos – 3 ed. – Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 1999.**

BARREIROS, Yvana Savedra de Andrade. **O Tribunal Penal Internacional e sua Implementação: questões** controvertidas. Conteúdo Jurídico. Brasília-DF: 22 jul 2020. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/21224/o-tribunal-penal-internacional-e-sua-implementacao-questoes-controvertidas>>. Acesso em: 20/10/2020.

BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de Filosofia Política**. São Leopoldo: Unisinos, 2011.

BARRETO, Vicente de Paulo. **O Fetiche dos Direitos Humanos e outros Temas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

BARROS, Alberto. **Dez Lições sobre Bodin**. Petrópolis: Vozes, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Aqui, lá e em todo lugar: a dignidade Humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional**. Revistas dos Tribunais. RT 919. Maio de 2012.

_____. **Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro**. Revista da EMERJ, v. 4, n.º 15, 2001. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista15/revista15_11.pdf>. Acesso em: 21/2/2021.

BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. **A justiça penal Internacional: sua evolução, seu futuro: de Nuremberg a Haia**. Tradução de Luciana Pinto Venâncio. Barueri, SP: Manole, 2004.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BENJAMIN, César (Org.). **Estudos sobre Rousseau**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2015.

BENTHAM, Jeremy. **Teoria das Penas Legais e Tratado dos Sofismas Políticos**. Leme: Edijur, 2002.

BIGAL, Valmir. **A Soberania Nacional e o Tribunal Penal Internacional**. In: Universo Jurídico. Disponível em: <www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/default.asp?action=3852>. Acesso em: 23/9/2020

BLOOM, Allan. *Jean-Jacques Rousseau* In: Strauss, Leo. **“History of Political Philosophy”**. Chicago: The University of Chicago Press, 1987.

BRASIL. Constituição do Império. 1824.

_____. Constituição da República. 1891.

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. 1934

_____. Constituição brasileira. 1937.

_____. Constituição brasileira. 1946.

_____. Constituição brasileira. 1967.

_____. Constituição brasileira. 1988.

_____. Código Criminal do Império de 1830.

_____. Código Penal dos Estados Unidos do Brasil (República Velha) 1890.

_____. Código Penal de 1940.

BOBBIO, Norberto. **Locke e o Direito Natural**. Brasília: UnB, 1997.

BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelângelo. **Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna**. São Paulo: Brasiliense, 1991.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Brasília: UNB, 1995.

BODIN, Jean. **Os Seis Livros da República**. São Paulo: Ícone, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25ª. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2013.

CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo. **O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira**. O que é o Tribunal Penal Internacional? Brasília: Câmara dos Deputados/Coordenação de Publicações, 2000 (Série Ação Parlamentar, n.º 110, pp. 9-15).

CANADÁ. Crimes against Humanity and War Crimes Act, de 29 de junho de 2000, que entrou em vigência em 23 de outubro de 2000. Disponível em: <<http://laws.justice.gc.ca/PDF/Statute/C/C-45.9.pdf>>. Acesso em: 2/1/2020.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos Direitos Humanos. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2003, v. 1.

_____. **Princípios do Direito Internacional Contemporâneo**. Antônio Augusto Cançado Trindade. 2. ed. rev. atual. Brasília: FUNAG, 2017.

_____. **Os Tribunais Internacionais e a Realização da Justiça**. Del Rey, 2019.

CANOTILHO, J. J.; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2007.

CARRARA, Francesco. **Direito Criminal**. Parte Geral. V. II. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2002.

CASSESE, Antonio. **Human Rights in a Changing World**. Philadelphia: Temple University Press, 1990.

CASSIRER, Ernst. **The Question of Jean-Jacques Rousseau**. Tradução de Maria Lúcia Montes. Nova York, Columbia University, 1954.

CASTILHO, Ricardo. **Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CHIAVERINI, Tatiana. **Origem da Pena de Prisão**. Dissertação de Mestrado, Pontifícia Universidade Católica (PUC/SP), São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.observatoriodeseguranca.org/files/Origem%20da%20pena%20de%20pris%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 25/11/2019.

CINTRA, Rodrigo Suzuki. **Liberalismo e Natureza**. Cotia: Ateliê Editorial, 2010.

COMTE, Augusto **Curso de filosofia positiva. Discurso sobre o espírito positivo. Catecismo positivista**. Tradução publicada sob a licença de Difusão Européia do Livro. São Paulo: Abril Cultural, 1973. (Coleção Os Pensadores)

CONVENÇÃO CONTRA A TORTURA E OUTROS TRATAMENTOS OU PENAS CRUÉIS, DESUMANOS OU DEGRADANTES. Decreto N° 40, De 15 de Fevereiro de 1991.

CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS HUMANOS. Adotada pelo Conselho da Europa, em 4 de novembro de 1950.

COUR PÉNALE INTERNATIONALE. Disponível em: <<https://www.icc-cpi.int/Pages/cases.aspx#Default=%7B%22k%22%3A%22%22%2C%22r%22%3A%5B%7B%22n%22%3A%22RefinableString01%22%2C%22t%22%3A%5B%22%5C%22Convicted%5C%22%22%5D%2C%22o%22%3A%22OR%22%2C%22k%22%3Afalse%2C%22m%22%3A%7B%22%5C%22Convicted%5C%22%22%3A%22Convicted%22%7D%7D%5D%7D#2ae8b286-eb20-4b32-8076-17d2a9d9a00e=%7B%22k%22%3A%22%22%2C%22s%22%3A11%7D>>. Acesso em: 11/07/2021.

COSTA, José de Faria. **Linhas de Direito Penal e de Filosofia: alguns cruzamentos reflexivos**. Coimbra: Coimbra, 2005.

COSTA, Marta Nunes da. **Os Dilemas de Rousseau: natureza humana, política e gênero em perspectiva**. Ijuí: Unijuí, 2017.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. V. 1 e 2; 2. ed. 1991.

CUERDA, A. **La Cadena Perpetua y las Penas muy Largas de Prisión: por qué son inconstitucionales en España**. Atelier. 2011

CUNEO, Silvio. **Prisión Perpetua y Dignidad Humana**. Una reflexión tras la muerte de Manuel Contreras. Polít. crim. Vol. 11, n.º 21 (Julio, 2016), art. 1, pp. 1-20. <http://www.politicacriminal.cl/Vol_11/n_21/Vol11N21A1.pdf>.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO. França, 1948.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2012.

DELMAS-MARTY, Mireille (Org). **“L’influence du droit compare sur l’activité des Tribunaux pénaux internationaux.”** In Crimes internationaux et juridictions internationales. Paris: Presse Universitaires de France, 2002.

SMIT Dirk Van Zyl; APPLETON Catherine. **Life Imprisonment: A Global Human Rights Analysis** Cambridge: Editora Harvard University Press, 2019

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

EIRA, Josefina Isabel Gomes da. **Ordenações Afonsinas: Evolução e distinção social das penas**. Disponível em: <<https://ler.letras.up.pt/uploads/ficheiros/15558.pdf>>. Acesso em: 7/7/2021.

ELSNER, Gisela (Org.). **Jurisprudencia latino-americana sobre derecho penal internacional**. Berlin: Konrad Adenauer Stiftung, 2008.

ERIKSON, Erik. **Identidad, juventud y crisis**. Trad.: GUÉRA, Alfredo. Madrid: Taurus Ediciones S.A., 1980.

ESTATUTO DE ROMA. Ratificado pelo decreto 4.388 de 25 de setembro de 2002.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. **Retribución y prevención general: um estudio sobre la teoria de la pena y las funciones del Derecho Penal**: Buenos Aires: Editorial IB de F, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva. 1990. v. 1 e 2.

FILHO, Agassiz. **Dez Lições sobre Carl Schmitt**. Petrópolis: Vozes, 2014.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. **Tratado de Derecho Penal**. Tradução Eugenio R. Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Editorial Ammnurabi, 1989.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Petrópolis: Vozes, 1991.

FRANÇA. Loi française d’adaptation. Rapport de position n.º 6, Cour Pénale Internationale, n.º 312, septembre, 2001, ad. 1, p. 10.

_____. Loi n.º 2002-268 du 26 février 2002 relative à la coopération avec la Cour pénale internationale. Paris, 2002. Disponível em: <<http://www.iccnw.org/documents/FrenchImplementingLeg.pdf>> Acesso em: 19/12/2020.

FRATESCHI, Yara; Melo, Rúrion; Ramos, Flamarion. **Manual de Filosofia Política**. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRANT, Ruth. **John Locke's Liberalism**. Chicago: University of Chicago Press, 1987.

GEMAQUE, Silvio César Arouck. **A necessária influência do processo penal internacional no processo penal brasileiro**. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010.

GIL, Alicia. **Derecho penal internacional**. Especial consideración del delito de genocídio. Madrid: Editora Tecnos, 1999.

GÓES, Guilherme Sandoval. **Direito Constitucional**. São Paulo: ed. Processo, 2007.

GORDILLO, Agustín. **Derechos humanos: doctrina, casos y materiales: parte general**. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1990.

GOUGES, Olympe de. *A Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne*. 1971.

GUERRA, Sidney. **Direito Internacional Público**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2013.

HÄBERLE, PETER. **Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição**. *Direito Público*, [S.l.], v. 11, n. 60, p. 25-50, abr. 2015. ISSN 2236-1766. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2353/1204>>. Acesso em: 12/21/2021.

HEGEL, Georg W. F. **Filosofia del Derecho**. Buenos Aires: Editorial Claridad, agosto de 1968. Disponível em: <<http://upcndigital.org/~ciper/biblioteca/Filosofia%20moderna/Hegel%20-%20Filosofia%20del%20Derecho.pdf>>. Acesso em: 10/03/2020.

_____. **Princípios da Filosofia do Direito**. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, junho de 1997.

HOBBS, Thomas. **Do Cidadão**. São Paulo: Martins Fontes, 2002

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Tradução publicada sob a licença de Difusão Européia do Livro. São Paulo: Abril Cultural, 1973. (Coleção Os Pensadores)1974.

_____. **Leviatã**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

HUERTAS, Díaz O.; AMAYA SANDOVAL C. (2020). **Contra la implementación de la pena de prisión perpetua en Colombia: una cuestión de principios**. *Advocatus*, 18 (35), 101-120. 2020. Acesso em: 11/7/2021. Disponível em: <https://doi.org/10.18041/01_24-0102/a.35.690>.

JAKOBS, Günther. **Tratado de Direito Penal: Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade / Günther Jakobs; Luiz Moreira, coordenador e supervisor; Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho**. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2009.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas.** org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 6. ed., 3. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **O Tribunal Penal Internacional – A internacionalização do direito penal.** Rio de Janeiro: Lumes Júris, 2004.

_____. **Possibilidades e desafios de adequação do Estatuto de Roma à Ordem Constitucional Brasileira.** In: AMBOS, Kai; JAPIASSÚ, Carlos E. A. (Org.). *Tribunal Penal Internacional.* Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2005.

JESCHECK, Hans-henrich. **O objeto do direito penal internacional e sua mais recente evolução.** In: *Revista de Direito Penal*, n.º 6, abril-junho/1972, Rio de Janeiro.

_____. **Tratado de Derecho Penal: Parte General.** 5 edición, renovada y ampliada. Granada, Diciembre 2002.

KANT, Immanuel. **Doutrina do Direito.** Tradução Edson Bini. 3. ed. São Paulo: Ícone, 2003.

_____. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes.** 1. ed. Lisboa: Edições 70, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral de Direito e do Estado.** São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2008.

_____. **Teoria Pura do Direito.** 8. ed. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 1999.

KRITSCH, Raquel. **Soberania – a construção de um conceito.** São Paulo: Imprensa Oficial, 2002.

LAFER, Celso. **Ensaio Liberais.** São Paulo: Siciliano, 1991.

LALANDE, André. **Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia.** São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LEGRAND, Pierre. **Sur l'analyse différentielle des jurisprudences.** In: *Revue Internationale de Droit Comparé*, Paris: v. 51, 1999.

LIMA, Rômulo de Araújo. **Dez Lições sobre Rousseau.** São Paulo: Vozes, 2012.

LIMONGI, Maria. *Os Contratualistas: Hobbes, Locke e Rousseau.* IN: RAMOS, Flamarion; MELO, Rúrion; FRATESCHI, Yara. **"Manual de Filosofia Política"**. São Paulo: Saraiva, 2012.

LISZT, Franz von. **La idea del fin en el derecho penal:** programa de la Universidad d Marburgo, 1982. Trad. Carlos Pérez del Valle. Granada

LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal Alemão.** Trad. José Hygino Duarte Pereira. Tomo I. Rio de Janeiro: F. Briguet e C. – Editores. 1899.

LOCKE, John. **Two Treatises of Government**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

LOPES, Jodascil Gonçalves. **Conflitos reais e aparentes entre as normas de direito interno e internacional, sob o foco do Estatuto de Roma**, dissertação de Mestrado, Unicesumar, Maringá, 2015.

LUISE, Luís. **Os Princípios Constitucionais Penais**. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1991.

MACEDO Jr. Ronaldo Porto. **Curso de Filosofia Política**. São Paulo: Atlas, 2008.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek; LIMA, Carolina Alves de Souza. O princípio da humanidade das penas. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MASCARO, Alysson Leandro. **Introdução à Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. **Filosofia do Direito**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. RT: São Paulo, 2018.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 2002.

MENEZES, Fabio Victor de Aguiar. **A pena de prisão perpétua e o Tribunal Penal Internacional**: aspectos constitucionais. Disponível em: <com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6758#_ftn1>. Acesso em: 5/5/2012.

MERON, Theodor (ed.). **Human rights law-making in the United Nations: a critique of instruments and proces**. Oxford: Clarendon Press, 1986.

MEZGER, Edmundo. **Tratado de Derecho Penal**. Segunda edición, revisada y puesta al día por Jose Arturo Rodriguez Munoz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1946.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **Do Espírito das Leis**. Tradução publicada sob a licença de Difusão Européia do Livro. São Paulo: Abril Cultural, 1973. (Coleção Os Pensadores)

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2017.

MOREIRA, Vital et alii. **O Tribunal Penal Internacional e a Ordem Jurídica Portuguesa**. Coimbra: Coimbra, 2004.

MOURA, Maria Thereza R. de Assis; ZILLI, Marcos A. Coelho; GHIDALEVICH, Fabíola G.M. Informes Nacionales: Brasil. In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel. **Implementação do Estatuto de Roma na América Latina**. AIDP, Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <<http://www.aidpbrasil.org.br/implementa%C3%A7%C3%A3o%20Estatuto%20de%20Roma%20na%20Am%C3%A9rica%20Latina.pdf>>. Acesso em: 30/4/2020.

NINO, Carlos Santiago. **Ética e Direitos Humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2011.

O GLOBO. Homem passa 68 anos preso nos EUA após ser condenado à prisão perpétua na adolescência. 2021. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/2021/02/18/homem-passa-68-anos-presos-nos-eua-apos-ser-condenado-a-prisao-perpetua-na-adolescencia.ghtml>>. Acesso em: 18/7/2021.

OLIVEIRA, Márcia de Freitas. **O Princípio da Humanidade das Penas e o alcance da proibição constitucional das penas cruéis**. Dissertação de Mestrado. Orientação Professora Associada Helena Regina Lobo da Costa. Universidade de São Paulo, 2014.

PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS. Decreto N° 592, de 6 de Julho De 1992.

PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA. Decreto N° 678, De 6 de Novembro de 1992.

PAGLIARINI, Alexandra; DIMOULIS, Dimitri. **Direito Constitucional e Internacional dos Direitos Humanos**. Fórum Editora.

PARDO, A.; MONCAYO, A; y OLARTE, A. **Consideraciones sobre la inviabilidad de la prisión perpetua en Colombia**. Universidad Externado de Colombia. 2019.

PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. **Manual de Direito Internacional Público**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

PEREIRA, Marcelo Augusto Paiva. **O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Federal**. Disponível em: <<https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16342-16343-1-PB.pdf>>. Acesso em: 1/8/2019.

PEREIRA, Ricardo de Souza. **A imprescritibilidade penal nos crimes de competência do Tribunal Penal Internacional**. Dissertação (mestrado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica: nova retórica**. Tradução de Verginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PÉREZ, Aida Torrez. **En defensa del pluralismo constitucional**. Tirant lo Blanch: Valência, 2011.

PESSOA, Gláucia Tomaz de Aquino. **Casa de Correção do Rio de Janeiro (1889-1930)**. 2018.. Disponível em: <<http://mapa.an.gov.br/index.php/dicionario-primeira-republica/531-casa-de-correcao-da-capital-federal>>. Acesso em: 07/07/2021.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2009.

PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela Ribeiro. **O Tribunal Penal Internacional e o Direito Brasileiro**. Disponível em: <<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r33247.pdf>>. Acesso em: 12/7/2021.

PISSARRA, Maria Constança Peres. **Rousseau: a política como exercício pedagógico**. São Paulo: Moderna, 2002.

PISSARRA, Maria Constança; FABBRINI, Ricardo. **Direito e Filosofia**. São Paulo: Atlas, 2007.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. **Curso de direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. **A teoria penal de p. J. A. Feuerbach e os juristas brasileiros do século XIX: a construção do direito penal contemporâneo na obra de P. J. A. Feuerbach e sua consolidação entre os penalistas do Brasil**. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo (USP), 2008.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Tradução Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **Processo Internacional de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2019.

RAWLS, John. **Conferências sobre a História da Filosofia Política**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

REALE, Giovanni; Antiseri, Dario. **História da Filosofia**. São Paulo: Paulus, 2007.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Teoria Tridimensional do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. **Teoria do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1960.

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 2018.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Tradução publicada sob a licença de Difusão Européia do Livro. São Paulo: Abril Cultural, 1973. (Coleção Os Pensadores).

_____. **Do contrato social**. Tradução publicada sob a licença de Difusão Européia do Livro. São Paulo: Abril Cultural, 1973. (Coleção Os Pensadores)

ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General**. Tomo I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2014.

SABADELL, Ana Lúcia; DIMOULIS, Dimitri. **Tribunal Penal Internacional e Direitos Fundamentais: problemas de constitucionalidade**. Cadernos de Direito, v. 3, n.º 5, 2003.

SABÓIA, Gilberto Vergne. **A Criação do Tribunal Penal Internacional**. In Revista CEJ, V. 4 n.º 11 mai./ago. 2000. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/338/540>>. Acesso em: 30/7/2020.

SALAMÃO NETO, Antônio; DAVID, Décio Franco. Reflexões sobre a Pena em Hegel: (In) **Compreensão e Dificuldade de Superação**. Revista Justiça e Sistema Criminal, v. 10, n.º 18, pp. 59-80, jan./jun. 2018.

SALES, Sheila Jorge Selim de. **O direito penal liberal em Montesquieu**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

SALLA, Fernando Afonso. **O encarceramento em São Paulo: das enxovias a Penitenciária do Estado**. Tesede Doutorado em Sociologia apresentada ao Departamento de Sociologia da FFLCH/USP, 1997.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Finalidades da pena, conceito material de delito e sistema penal integrado**. Tese de Doutorado. USP. 2008.

SCELLE, Georges. Précis de droit des gens, t. I. Paris: Sirley, 1932.

SCHONE, Wolfgang. El futuro sistema de sanciones. In: MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. **La ciência penal em el umbral siglo XXI: II Congresso Internacional de Derecho Penal**. Mexico: Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales, 2001.

SCHMITT, Carl. **O Conceito do Político**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SGARBOSSA, Luís Fernando; JENSEN, Gizela. **As opções políticas do Estatuto de Roma e seu impacto em relação ao regime jurídico-constitucional dos direitos fundamentais no Brasil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1152, 27 de ago. 2006.

SILVA, Alice Rocha da; LINO, Clarice, Nader Pereira. **A constitucionalidade da pena de prisão perpétua no tribunal penal internacional frente ao ordenamento jurídico brasileiro**. In: Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 9, n. 2, p. 115-124, jul./dez. 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 18. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SOUTO, Miguel Abel. **Prisão perpétua: teorias da penal e sua prática na era global**. In: Revista de Estudos Criminais – Ano XV – n.º 61. p. 25 – 42.

STEINER, Sylvia Helena F. **Tribunal Penal Internacional**. Disponível em: <<http://www.esmpu.gov.br/dicionário/tiki-index.php?page=Tribunal+Penal+Internacional>>. Acesso em: 14/5/2020.

_____. O Tribunal Penal Internacional: A pena de prisão perpétua e a Constituição brasileira. In: **O que é o Tribunal Penal Internacional**. Comissão de Direitos Humanos. Câmara dos Deputados. Fevereiro de 2000. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/dados/cartilhas_tpi,htm#A%PENA%DE%20PRIS%C3%830>. Acesso em: 7/6/2021.

STF: ADPF 347 TPI-REF: direito constitucional e processual penal. ilegitimidade ativa de amicus curiae para pleitear tutela provisória incidental em **arguição de descumprimento de preceito fundamental**. referendo. ampliação do objeto da causa principal e concessão de medida cautelar de ofício. impossibilidade. não referendo. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=ADPF%20347&sort=_score&sortBy=desc> Acesso em: 27/7/2021.

STF. RHC n.º 79.785-RJ. DDUPLIO GRAU DE JURISDIÇÃO. Relator: SEPÚLVEDA PERTENSE, Data de julgamento: 15/08/2000. Data de publicação: DJ 30/08/2000 P – 00063). Acesso em: 15/01/2021. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14825228/recurso-em-habeas-corpus-rhc-79785-rj-stf>>.

STF. RE 466.343/SP. PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7º, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE n.º 349.703 e dos HCs n.º 87.585 e n.º 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel. Acesso em: 10/07/2021. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=titulo:RE%20466.343%20SP&s=jurisprudencia>>.

STRECK. **Uma lista de pedidos de um jurista para o Papai Noel**. Conjur, 2013. Acesso em: 8/10/2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-dez-12/senso-incomum-lista-pedidos-jurista-papai-noel>>.

TAVERNIER, Paul. **Comment surmonter les obstacles constitutionnels à la ratification du Statute de Rome de la Cour Pénale Internationale**. Revue Trimestrielle des Droits de L'Homme, Paris, n. 51, p. 545 et. Seq., jul. 2002.

TELLA, Maria José; FALCON Y TELLA, Fernando. **Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?** Madrid: Marcial Pons, 2005.

TORRES, Ricardo; KATAOKA, Eduardo; GALDINO, Flavio (coords.). **Dicionário de Princípios Jurídicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

TRAVIESO, Juan Antonio. **Derechos humanos e derecho internacional**. Buenos Aires: Heliasta, 1990.

TRIEPEL, Karl Heinrich. **As Relações entre o Direito interno e o Direito internacional**. Artigo publicado na revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais

– n.º 6, ano de 1966. ISSN eletrônico n.º 1984-1841, pp. 07-64. Disponível em: <<https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/993>>. Acesso em: 4/6/2021.

TRINIDAD Y TOBAGO. Publicada em 24 de fevereiro de 2006. Transposição completa e pontual (artigo por artigo – contendo 181 artigos).

TORRES, Ricardo; KATAOKA, Eduardo; GALDINO, Flavio (Orgs.). **Dicionário de Princípios Jurídicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

VERDROSS, Alfred von. **Derecho internacional público**. Trad. Antonio Truyol y Setra. Madrid: Aguiar, 1969.

VERDROSS, Alfred von. **Le fondement du droit international**. Recueil des Cours, vol. 16 (1927-I).

VILLEY, Michel. **A Formação do Pensamento Jurídico Moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

WEFFORT, Francisco. **Os Clássicos da Política**. São Paulo: Ática, 2006.

WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista**. Tradução, prefácio e notas Luiz Regis Prado. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal** – Rio de Janeiro: Revan, 2003, 4ª edição, maio de 2011. 1ª reimpressão, julho de 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.