



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
ESCOLA DE DIREITO, NEGÓCIOS E COMUNICAÇÃO
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA
COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO
MONOGRAFIA JURÍDICA

**UM PARALELO ENTRE HOBBS E ROUSSEAU NO ESTUDO DA DUPLA
FINALIDADE DA PENA.**

Orientando: Danielle Cristina Moreira

Orientador: Dr. Rafael Rocha de Macedo

GOIÂNIA-GO

2021

DANIELLE CRISTINA MOREIRA

**UM PARALELO ENTRE HOBBS E ROUSSEAU NO ESTUDO DA DUPLA
FINALIDADE DA PENA.**

Projeto de Artigo Científico (ou Monografia Jurídica)
apresentado à disciplina Trabalho de Curso I, da Escola de
Direito e Relações Internacionais, Curso de Direito, da
Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUCGOIÁS).
Prof. Orientador - Dr. Rafael Rocha de Macedo

GOIÂNIA-GO

2021

DANIELLE CRISTINA MOREIRA

UM PARALELO ENTRE HOBBS E ROUSSEAU NO ESTUDO DA DUPLA
FINALIDADE DA PENA.

Data da Defesa: 19 de novembro de 2021

BANCA EXAMINADORA

10,0

Orientador: Prof. Prof. Doutor Rafael Macedo

Nota

10,0

Examinador Convidado: Prof. José Cristiano Leao Tolini

Nota

RESUMO

O presente trabalho buscou tratar da importância da retribuição e prevenção nas penalidades para conservação do respeito às leis e manutenção dos direitos individuais à luz das teorias contratualistas de Hobbes e Rousseau. Para bem compreender esse tema foi preciso discorrer acerca do encarceramento e analisar, portanto, a legitimação do poder de punir do Estado pela sociedade, bem como dos limites desse direito a partir do surgimento da temática da humanização dos condenados. Por isso, estabeleceu-se uma análise da aceitação de uma autoridade para a pacificação social ou mesmo para a proteção dos bens jurídicos da comunidade, à luz dos pensamentos dos pensadores contratualistas de Thomas Hobbes e Jean Jacques Rousseau que intentaram compreender a funcionalidade da pena no espaço civil. A partir dessa perspectiva, marcada, sobretudo, pelas possíveis correlações dos contratualistas com o nosso ordenamento jurídico penal atual, esse presente estudo contribuiu para a compreensão do sistema penal em toda sua complexidade, promovendo a difusão do tema e estabelecendo uma base para futuros estudos.

Palavras-chave: Thomas Hobbes; Jean Jacques Rousseau; Ordenamento Jurídico Penal; Funcionalidade da pena.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1 APLICABILIDADE DAS TEORIAS CONTRATUALISTAS DE HOBBS E ROUSSEAU NO CONTEXTO JURÍDICO E NA EXECUÇÃO DAS PENAS PELO ESTADO CIVIL.....	11
1.1 Do contexto histórico dos autores contratualistas e a importância desse momento na gênese dos direitos humanos.....	11
1.2 Direitos Humanos.....	13
1.3 Igualdade e Diferença.....	14
1.4 Análise de Thomas Hobbes e Rousseau, respectivamente, quanto ao Estado Civil enquanto instrumento de proteção coletiva.....	16
1.5 Leviatã de Hobbes.....	20
1.6 Contrato Social de Rousseau.....	23
2 DO Art. 59 DO CÓDIGO PENAL AO CASO CONCRETO E AS POSSÍVEIS CONSEQUÊNCIAS AO CORPO SOCIAL CASO A DUPLA FINALIDADE RESSALTADA NO ARTIGO NÃO SEJA SATISFEITA NA MESMA MEDIDA.....	26
2.1 Locais de punição.....	26
2.2 Dignidade da Pessoa Humana.....	29
2.3 “O direito fundamental ao máximo existencial”	31
2.4 Do Direito ao mínimo existencial.....	32
2.5 Da Dupla Finalidade da Pena.....	34
2.6 Um paralelo comparativo dos principais pontos das teorias contratualistas com o conteúdo do artigo 59 do CP.....	35
2.7 RETRIBUIÇÃO E PREVENÇÃO: A importância da dupla função da pena no Contexto Civil.....	39
CONCLUSÃO.....	43
REFERÊNCIAS.....	46

INTRODUÇÃO

Questionamentos acerca do encarceramento, causas e efeitos do crime fazem parte dos mais variados centros de discussão da sociedade. Atualmente, as técnicas de disciplina e vigilância incorporam todas as relações no Estado Civil. Portanto, a legitimação do poder de punir do Estado pelas massas, bem como dos limites desse direito a partir do surgimento da temática da humanização dos condenados motivou o presente estudo.

No pensamento de Thomas Hobbes, a pena seria uma espécie de lesão imposta por uma autoridade pública ao “transgressor” da lei, cujo o conteúdo, estaria tipificado pela própria autoridade. Nesse sentido, o principal objetivo das normas aplicadas se encontraria na submissão da vontade dos homens.

Já Rousseau, acreditava que a lei teria sido instituída para unir os direitos aos indivíduos e dirigir a justiça até sua finalidade. Portanto, ao contrário do Estado de natureza, todos os direitos seriam definidos pelas convenções e legislações.

Em ambas as teorias nos deparamos com um ponto em comum: a aptidão do ser humano para construir suas relações sociais por meio da violência ou para o convívio de forma pacífica. O desafio reside em reconstruir de modo normativo as aptidões humanas e os filósofos contratualistas nos brindam com tal temática.

Se para Hobbes, sob a perspectiva racional o Estado é necessário, uma vez que o paralelo entre a obediência e a proteção é causa de paz e vida dos homens. Rousseau centra sua discussão no discurso de que a submissão à autoridade é condição de liberdade, assim para este último a imposição de uma norma é uma resolução da vontade geral.

De forma análoga, nosso Direito Penal brasileiro contém o imperativo do princípio da legalidade, segundo o qual um agente apenas é responsabilizado por suas condutas na medida em que haja um tipo penal incriminador que às proíba. Portanto, a maior bandeira do direito penal é a lei .

Em alusão a Rousseau podemos ver no Direito Penal a finalidade de resguardar os bens jurídicos mais importantes do indivíduo. E da mesma forma podemos enxergar o pensamento de Hobbes nesse Direito, uma vez que, também, se

encontra em jogo a garantia da vivência da norma, posto que, praticada a inflação penal pelo agente este deve ser punido para que se firme a norma penal.

No entanto, até o século XVIII, principalmente, a característica das penas era, substancialmente, aflitiva, já que era o corpo do agente que pagava pela inflação cometida. Assim, o período iluminista foi um marco inicial na alteração do pensamento sobre a cominação de penas.

Destarte, Hobbes discorre sobre sua natureza humana, a fim de delinear instrumentos de convivência pacífica. Fruto de uma época marcada por novos contextos políticos e ideológicos do século XVII e XVIII, o pensador defende que os indivíduos movidos por motivos individuais acordam entre si a criação de um Estado soberano dotado de poderes absolutos, cujo objetivo é centrado nos interesses de autopreservação e a vivência de uma vida estável. Nesse sentido:

O fim último, causa final e desígnio dos homens (que amam naturalmente a liberdade e o domínio sobre os outros), ao introduzir aquela restrição sobre si mesmos sob a qual os vemos viver nos Estados, é o cuidado com sua própria conservação e com uma vida mais satisfeita. Quer dizer, o desejo de sair daquela mísera condição de guerra que é a consequência necessária (conforme se mostrou) das paixões naturais dos homens, quando não há um poder visível capaz de os manter em respeito, forçando-os, por medo do castigo, ao cumprimento de seus pactos e ao respeito àquelas leis. (HOBBS, 2019, p. 172)

Para Rousseau, porém os homens deveriam ser formados moralmente para um corpo político apto a responder a inúmeros aspectos, tais como a soberania popular. Assim, o poder político só seria legítimo se pertencesse ao povo. Influenciado por pensamentos iluministas, ele ressaltava, ainda, o conhecimento/educação como instrumento para trabalhar os sentimentos naturais do indivíduo, visto que a razão é a responsável por nos fazer entender o bem e o mal. Como comenta:

“Uma boa socialização só pode surgir da vontade racional, consciente de seus fins e de seus meios. Os princípios de uma sociedade justa são, portanto, fundados na sociedade racional” (ROUSSEAU, p. 117)

Similarmente, o nosso Código Penal prevê em seu artigo 59 a finalidade da pena:

O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima,

estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime. (BRASIL, 1940)

Existem teorias absolutas e relativas sobre o tema. Nossa lei penal adota uma teoria mista ou unificadora da pena, onde, o propósito se pauta nos critérios da redistribuição e na prevenção. Portanto, visa infundir na consciência coletiva a importância do respeito aos valores fixos pela legislação penal, exercitando a inserção social e a fidelidade do direito.

Podemos visualizar a educação vista em Rousseau como a prevenção de que discorre o direito penal, como Rousseau disserta:

[...] educação, consiste, não em ensinar a virtude ou a verdade, mas em proteger o coração contra o vício e o espírito contra o erro. Se pudésseis nada fazer e nada deixar que fizessem, se pudésseis levar vosso aluno sem que ele soubesse distinguir a mão esquerda da direita, desde vossas primeiras lições os olhos de seu entendimento se abriria para a razão. (ROUSSEAU, 1995, p. 91)

Portanto, o conhecimento exercita a razão, algo que a prevenção penal exige. Ademais, em Hobbes visualizamos a pena como objetivo de investir no indivíduo a obediência às leis. Uma vez que nas palavras de Hobbes (2019, p. 310):

“Todo dano infligido sem intenção ou possibilidade de predispor o delinquente, ou outros homens, através do exemplo, à obediência às leis, não é pena, mas ato de hostilidade, porque sem tal finalidade nenhum dano merece receber esse nome.”

É preciso ressaltar a diferença entre os dois pensadores na organização da Sociedade e na instituição de suas regras, portanto, estudar comparativamente às teorias de ambos os autores à luz da dupla finalidade da pena é o objeto desse trabalho.

É importante discorrer sobre esse assunto dado sua relevância para a sociedade, uma vez que o Direito Penal está ligado aos interesses mais significativos do Corpo Social. Se um agente praticar um fato típico, antijurídico e culpável o Estado pode gerar a *persecutio criminis in jurídico*.

O método utilizado neste estudo será o hipotético-dedutivo proposto pelo filósofo austríaco Karl Popper. O tema será abordado no capítulo dois, tópico 2.6 desta monografia, a partir da pesquisa bibliográfica, com análise documental, com consulta da doutrina, jurisprudência e legislação.

Estudaremos o Leviatã de Hobbes (2019), bem como o Contrato Social em Rousseau (1996), levantando um paralelo comparativo entre ambos os pensadores. A ideia central será a de discutir os pontos comuns entre suas teorias e nosso ordenamento jurídico à luz da penalização do agente.

Para compreender as teorias contratualistas com foco nesta finalidade, buscaremos estudar o contexto histórico dos autores, bem como a evolução dos locais de punição na história, para tanto estudando as teorias da pena e o código penal brasileiro.

Discutiremos ao longo dos capítulos a necessidade do ser humano estar sob constante vigilância bem como da importância da punição x ressocialização e como o caos das penitenciárias pode ser um impasse para a eficácia do artigo 59 do Código Penal ao ressaltar a importância da prevenção de novos crimes.

1 APLICABILIDADE DAS TEORIAS CONTRATUALISTAS DE HOBBS E ROUSSEAU NO CONTEXTO JURÍDICO E NA EXECUÇÃO DAS PENAS PELO ESTADO CIVIL

1.1 CONTEXTO HISTÓRICO DOS AUTORES CONTRATUALISTAS E A IMPORTÂNCIA DESSE MOMENTO NA GÊNESE DOS DIREITOS HUMANOS.

É importante destacar o contexto que antecede os pensamentos dos autores contratualistas para uma real compreensão do que os levou a manifestarem que as relações humanas podem ser organizadas através da violência ou pela competência de uma convivência pacífica. Assim, o século XVIII, também, denominado como século da crítica foi marcado pelo predomínio da razão e tal racionalidade foi a responsável pelo desenvolvimento da razão construtiva das teorias e também da razão crítica.

A época das luzes pode ser analisada sob a ótica do desenvolvimento das ciências físicas e biológicas, buscando, nesse sentido, a razão transportar a humanidade na direção da evolução. Assim, sob a perspectiva de que todos os seres humanos são iguais em dignidade, o homem avança com o pilar no igual merecimento do respeito por todos os indivíduos. Tal teoria compreende a manifestação dos Direitos do Homem proclamado pela Revolução Francesa.

Já no século XVIII, o iluminismo válida as principais noções da Renascença e perscruta alguns conceitos como a liberdade de expressão, a tolerância e a racionalidade como teor central da racionalidade humana. Para os teóricos iluministas a razão sobrepuja o obscurantismo do Corpo Social. Assim, na concepção iluminista é significativo, para que as sociedades superem a miséria e a opressão, que haja investimento na educação.

Portanto, é possível destacar esse momento como o precursor da Declaração Universal dos Direitos Humanos, na qual a Revolução Francesa, como já discorrido acima, notabilizou os direitos dos cidadãos e ressaltou a liberdade, a fraternidade e a igualdade como propósitos da civilização. É um parecer democrático e ético que declara o direito do homem em dar sentido a própria vida.

Ademais, é preciso ressaltar que, apesar de constantemente serem empregadas como sinônimos, os termos “direitos do homem” e “direitos fundamentais” podem ser diferenciados conforme sua origem e significado. Os direitos do homem seriam direitos válidos para todas as nações e em todas as épocas, em outras palavras, corresponderiam a uma dimensão jusnaturalista-universalista; enquanto isso, os direitos fundamentais seriam os direitos jurídico-institucionalmente assegurados e demarcados dentro do espaço e tempo.

Portanto, os direitos do homem são extraídos da natureza singular do ser humano, e por essa razão possuem natureza inviolável, atemporal e universal, enquanto os direitos fundamentais são direitos expressamente vigentes no ordenamento jurídico.

É preciso distinguir, também, os direitos do homem e os direitos do cidadão, os primeiros sendo pertencentes propriamente ao ser humano e os últimos ao homem enquanto ser social, ou seja, enquanto o indivíduo reside em sociedade.

Ainda, muitos dos direitos fundamentais são igualmente direitos de personalidade, a qual integra, indubitavelmente, os direitos do Estado, como o direito da cidadania, abarca os direitos sobre a própria pessoa, como o direito à vida e a integridade moral e física, bem como os direitos distintivos da personalidade, como o direito à identidade pessoal e ainda diversos direitos de liberdade.

A Constituição Federal de 1988 aborda em seu Título II os direitos e garantias fundamentais, distribuindo-se em cinco capítulos: direitos individuais e coletivos; direitos sociais; nacionalidade; direitos políticos e partidos políticos.

Presentemente, a doutrina nos exhibe a classificação dos direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira gerações, apoiando-se na ordem cronológica em que tiveram reconhecimento constitucional.

Os direitos fundamentais de primeira geração nasceram com a noção de Estado de Direito, resignado a uma Constituição. Geralmente, são incorporados pelos direitos civis e políticos.

Os direitos sociais, econômicos e culturais integram os direitos fundamentais de segunda geração, em sua perspectiva individual ou coletiva. Se caracterizam com as liberdades positivas, reais ou concretas, enfatizando o princípio da igualdade.

Refletem, ainda, uma fase de evolução na preservação da dignidade humana. E também são denominados como “direitos de crença”, uma vez que apresentam a esperança de uma participação ativa do Estado.

O âmago dos direitos fundamentais de terceira geração localiza-se em sentimentos como o da solidariedade e a fraternidade, A essência desses direitos se encontra em sentimentos como a solidariedade e a fraternidade, concebendo mais uma conquista da humanidade na lógica de ampliar os horizontes de proteção e emancipação dos cidadãos.

Em suma, ressalta-se que a primeira geração é a dos direitos da liberdade, a segunda dos direitos da igualdade e a terceira seria um complemento para o lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade.

Assim, podemos analisar Hobbes através de um raciocínio político no qual há uma conexão entre a obediência e a proteção, nesse sentido, a paz só poderia ser alcançada através da criação de um Estado soberano responsável por comedir as paixões e desejos pessoais. Já o pensamento de Jean Jacques Rousseau está pautado nas discussões políticas do século XVII e XVIII, marcados pelo aumento da desigualdade e pelo dilema do absolutismo político.

1.2 DIREITOS HUMANOS

Criada em 10 de dezembro de 1948 a Declaração Universal dos Direitos Humanos visa delinear uma ética universal, baseada no respeito à dignidade da pessoa humana. Logo em seu preambulo a Declaração Universal anuncia a dignidade como algo intrínseco a cada indivíduo, sendo a condição de pessoa a única exigência para se alcançar a titularidade de direitos iguais e inalienáveis. Vale dizer, que ao serem considerados universais, os direitos humanos rompem, ainda, com o legado nazista, que acreditava ser a raça ariana a condicionante para se ter direitos.

A intitulada Declaração Universal dos Direitos Humanos visa delinear uma ética universal, baseada no respeito à dignidade da pessoa humana. Logo em seu preambulo a Declaração Universal anuncia a dignidade como algo intrínseco à cada indivíduo, sendo a condição de pessoa a única exigência para se alcançar a titularidade de direitos iguais e inalienáveis. Vale dizer, que ao serem considerados

universais, os direitos humanos rompem, ainda, com o legado nazista, que acreditava ser a raça ariana a condicionante para se ter direitos.

Outrossim, a Declaração Universal de 1948 consolidou o pensamento sobre a universalidade dos direitos humanos, que não são somente decorrentes das singularidades sociais e culturais de um grupo, mas derivados da dignidade humana. Assim, também ao integrar aos direitos civis e políticos, os direitos sociais, econômicos e culturais essa Declaração define, atualmente, a concepção dos direitos humanos.

Aa declaração universal não poderia dispor de força de lei, uma vez que foi admitida pela Assembleia Geral das Nações Unidas, não como um tratado, mas sob a forma de resolução.

Entretanto, é encargo dos países membros da comunidade internacional proporcionar a universalidade dos direitos proclamados pela Declaração, bem como o de promover o respeito dos mesmos. Dessa forma, a Declaração é estabelecida como código de conduta e de atuação tendo como sentido fundamental a consolidação de um modelo internacional para a defesa dos direitos universais.

1.3 IGUALDADE E DIFERENÇA

Ao difundir a atual noção de direitos humanos, destacada pela indivisibilidade e universalidade, a Declaração de 1948 atualiza a gramática dos direitos humanos.

Enquanto a universalidade reivindica a ampliação universal dos direitos humanos, considerando a condição de pessoa a única condição para se tornar titular de direitos e acreditando ser o ser humano substancialmente um ser moral que é dotado de singularidade existencial e dignidade, esta última, considerada uma qualidade humana intrínseca. A indivisibilidade reflete a garantia dos direitos civis e políticos (requisito da observância dos direitos sociais, econômicos e culturais).

Após a Declaração de 1948 surge o Direito Internacional dos Direitos Humanos, através da adoção de diversos instrumentos internacionais de proteção. A universalização dos direitos humanos culminou no desenvolvimento de um sistema internacional de proteção aos direitos discorridos. Tal sistema se integra em tratados

internacionais de proteção que espelham, principalmente, uma consciência ética atual que os Estados compartilham.

Também, se formam, ao lado dos sistemas normativos globais, os sistemas regionais, que com esses se complementam. Tais sistemas se inspiraram nos valores e princípios da Declaração Universal, constituindo, dessa forma, um universo instrumental de proteção aos direitos humanos na esfera internacional.

Nesse sentido, os inúmeros sistemas de proteção dos direitos humanos atuam mutuamente em benefício dos indivíduos a serem protegidos. Assim, ao abraçar a primazia do valor do ser humano estes sistemas se completam, aliando-se ao sistema nacional de proteção, objetivando uma maior efetivação na tutela e promoção dos direitos básicos.

Ressalta-se que a Declaração de Direitos Humanos de Viena, 1993. Reitera a concepção da Declaração de 1948, quando, em seu parágrafo 5º, afirma: Todos os direitos humanos são universais, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente de forma justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase (PIOVESAN, 2009, p. 53)

A partir do sistema global, se verifica que o direito à igualdade e a repressão da discriminação foram consagrados pela Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, Pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Tanto no sistema regional europeu, como no sistema regional interamericano os casos a eles submetidos podem ser classificados em seis classes de discriminação, entre as quais podemos destacar a contra a mulher; a baseada em raça ou etnia; as cometidas contra a criança; fundada em orientação sexual e contra pessoas com deficiência.

Sob o ponto de vista formal, os dois termos da igualdade na legislação e a proibição da discriminação se encontram consagrados nos sistemas global e regional. Assim, a igualdade e a não discriminação integram um sistema essencial que esclarece e ampara em geral o sistema internacional de proteção dos direitos humanos. A proteção desse princípio é requisito e pressuposto para o exercício de direitos, em sua forma plena e livre.

A fim de aliviar, remediar e transformar a herança deixada pelo passado discriminatório é necessário implementar ações afirmativas ponderadas como medidas indispensáveis pelos Comitês da ONU. O que compreende a essência dos direitos humanos consiste no direito à igualdade material, no direito à diferença e no direito ao reconhecimento das identidades.

A garantia desses direitos é o requisito básico para o direito à autodeterminação, também, para o direito ao pleno desenvolvimento das potencialidades humanas. O Estado brasileiro como parte desse movimento mundial foi obrigado a justar sua legislação a atual ordem social, orientada para as garantias dos direitos básicos.

1.7 ANÁLISE DE THOMAS HOBBS E ROUSSEAU, RESPECTIVAMENTE, QUANTO AO ESTADO CIVIL ENQUANTO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO COLETIVA

Pode-se dizer que os Direitos Humanos foram o resultado da ascensão da burguesia, da filosofia moderna decorrente do século XVII e da transição do universo clerical para o laico. Dessa forma, renasce a filosofia, liberta do governo da teologia. Nesse período, a filosofia moderna aos autores clássicos como Platão e Epicuro.

A primeira fonte dos Direitos Humanos é a teologia cristã, que se desvia um tríptico ponto de vista: sobre o fundo, que se trata de uma teologia laica, na qual há uma transferência da adoração anteriormente conferida à Deus para o homem, que forja a nova trindade manifesta por três conceitos: liberdade, igualdade e fraternidade. Assim:

No âmbito dos direitos humanos, numa breve digressão histórica, a tese do contrato social difundida pelo jusnaturalismo racionalista nos séculos XVII e XVIII, como explicação da origem do Estado, da sociedade, e do Direito, estava fundamentada na vontade concorde dos sujeitos, tendo, portanto, uma indisfarçável dimensão democrática de justificar o Estado e o Direito pela vontade dos indivíduos que estão na base da sociedade e não de cima para baixo, do poder soberano ou de Deus. [...] São direitos históricos; nascem ou são reconhecidos, no início da era moderna, juntamente com a concepção individualista de sociedade; tornaram-se um dos principais indicadores dos processos históricos da civilização. Em termos gerais, não há fundamento absoluto, derivam de concepção ética de seu tempo. (MELLO, 2013. p. 37_38)

Desviada, ainda, quanto à forma, nesse sentido, vislumbrando os problemas sobre o prisma científico e não mais teológico. Assim, refletindo acerca das relações entre os seres humanos na cidade. E por último, apontando para a decadência ignora-se a peculiaridade dessa teologia se voltando para pragmatismo, que tem por finalidade metas concretas e circunstanciais.

Havia uma necessidade de se colocar a ciência utilitária a serviço da vida prática e, por essa razão, os pragmáticos são os inventores da filosofia Política e do Direito Moderno.

(O direito subjetivo natural – que os escritores têm o hábito de chamar de *jus naturale* – é a liberdade que todo mundo possui (*each Man*) de usar seu poder como ele próprio quiser etc.) Esse texto extraído de *Leviatã* (1651) é o primeiro, que eu saiba, no qual está definido o “direito do homem”. Não afirmaremos que Hobbes tenha sido o inventor do termo. Mas, que em sua obra aparecem em plena luz suas fontes, seu conteúdo e sua função original (VILLEY, 2016, p. 142)

Hobbes foi o fundador da Política Moderna, ele é responsável por explicar a coexistência dos homens em estado de natureza, vocabulário inspirado na pintura de Lucrécio da vida primitiva dos homens, adquirindo a partir de Hobbes um novo valor. A concepção do Estado de natureza para o autor diz respeito à homens isolados e de uma sociedade construída à partir desses homens. O verbete “Os homens nasceram iguais e livres” reverbera ainda atualmente na primeira linha das Declarações dos Direitos Humanos.

Para abordar à natureza das leis, Hobbes parte do homem. No estado de natureza, nenhuma norma restringia a liberdade do indivíduo. Assim, para o autor o Direito seria a permissão de agir e todo homem possui tal direito por si só. No direito natural, o ser humano, pode usar sua liberdade, para preservar sua própria natureza e por ausência de lei, tal liberdade torna-se ilimitada.

Seguindo tal análise, é possível vislumbrar que o estado de natureza, em Hobbes, é marcado pela guerra endêmica e é nesse estado que cai, constantemente, o ser humano quando a obediência do soberano desaparece. Para combater as guerras civis, a miséria e o medo os direitos humanos carregam consigo uma alternativa: a razão.

Conciliar-se e buscar entendimento entre os seus semelhantes é a primeira lei natural produzida pela razão. E para criar a paz, a razão usa por instrumento o

contrato, no qual o indivíduo se submete, de comum acordo, à um poder soberano responsável por constituir a ordem e a paz.

Então, no Estado Civil o Estado gerará, através de suas leis, o direito e a ordem. Tais leis, ainda são acompanhadas pelas sanções, em outras palavras, é possível visualizar o direito como regras de conduta ditadas pelo Estado e escoltadas por coerções.

Ademais, com o objetivo de engrandecer sua força e poder o Estado permite ao seus subordinados que possuam uma parcela de liberdade, dentro de um espaço específico, distribuindo aos particulares promessas e contratos consensuais. Nesse sentido, a criação do Estado é calculada racionalmente para que aos indivíduos fosse dada condições de prosperidade e lhes fosse garantida a aquisição de direitos subjetivos, cuja proteção estaria nas mãos do príncipe.

Porém, se no estado de natureza o homem tem direito à todas as coisas, nenhuma ação seria considerada injusta. Pois, a noção de injustiça nada mais é do que o descumprimento de um acordo. De forma análoga, quando um pacto é formalizado entre partes, apenas pode ser considerado justo se dele for removido o medo de não cumprimento por uma das partes, o que no estado natural de guerra entre os homens não acontece.

Um pacto seria responsável por fortalecer a propriedade adquirida pelos homens em um contrato mútuo, como uma espécie de gratificação quando os homens renunciam sua liberdade absoluta. No entanto, tal poder só pode existir com a existência de um Estado. Em suma, no estado de natureza todos os homens tem direito à todas as coisas e portanto não há propriedade, mas com a instituição do poder civil os homens são obrigados a cumprir os pactos e surge, aí, a propriedade.

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 capaz de levá-las a ser respeitadas, são contrárias a nossas paixões naturais, as quais nos fazem tender para a parcialidade, o orgulho, a vingança e coisas semelhantes. Portanto, apesar das leis de natureza (que cada um respeita quando tem vontade de respeitá-las e quando pode fazê-lo com segurança), se não for instituído um poder suficientemente grande para nossa segurança, cada um confiará, e poderá legitimamente confiar, apenas em sua própria força e capacidade, como proteção contra todos os outros. [...] A única maneira de instituir um tal poder comum, capaz de defendê-los das invasões dos estrangeiros e das injúrias uns dos outros, garantindo-lhes assim uma

segurança suficiente para que, mediante seu próprio labor e graças aos frutos da terra, possam alimentar-se e viver satisfeitos, é conferir toda sua força e poder a um homem, ou a uma assembleia de homens, que possa reduzir suas diversas vontades, por pluralidade de votos, a uma só vontade. O que equivale a dizer: designar um homem ou uma assembleia de homens como representante de suas pessoas, considerando-se e reconhecendo-se cada um como autor de todos os atos que aquele que representa sua pessoa praticar ou levar a praticar, em tudo o que disser respeito à Paz e segurança comuns; todos submetendo assim suas vontades à vontade do representante, e suas decisões a sua decisão (HOBBS, 2019, p. 172-173, 176)

É importante destacar que para Hobbes, o maior poder do homem era o poder de um grupo de vários indivíduos unidos em consentimento numa só pessoa (natural ou civil) que detém tal poder na dependência da vontade desse grupo.

Não podemos visualizar o Estado em Hobbes se não como um ente de proteção coletiva, uma vez que para o autor o valor público do homem, ou seja sua dignidade é atribuída pelo Estado.

Já a noção de Rousseau sobre o estado de natureza estava voltada para os indivíduos isolados, cuja sobrevivência dependia do que a natureza lhes dispunha. Estes, desconheciam a guerra, pois se encontravam em um estado de felicidade natural. No entanto, após a divisão de terras, ou, em outras palavras com o surgimento da propriedade privada têm-se origem o Estado de Sociedade e a guerra de todos contra todos.

O estado de natureza, para ambos os autores, evidenciam uma luta de classes (fortes e fracos), uma percepção social que ilustra a lei da selva, também chamada de Lei do mais forte. A fim de interromper essa condição os indivíduos deliberadamente optam pela sociedade civil, para então através do Estado, criar o poder político e as Leis.

Com formação religiosa protestante, o filósofo Jean Jacques Rousseau buscou inspiração filosófica nos gregos e romanos, estudos que o induziu a reconhecer a organização jurídica e estatal da família. Nesse sentido, é importante, ainda, destacar que Rousseau marcou o século XVIII (Época das Luzes) com suas teorias, cujas quais, inclusive, possibilitou a revolução cultural e intelectual na história do pensamento moderno. Uma vez que, na contestação ao antigo Regime monárquico dá-se início à era das revoluções como a Revolução Inglesa no século XVII e a Revolução Francesa em 1789.

Rousseau foi, também, bastante crítico ao absolutismo, pois não acreditava na disjunção absoluta do homem com o Estado. O autor sugestiona um Corpo Social fundamentado pela Justiça e pela Igualdade.

Assim, é preciso ressaltar que os princípios de Liberdade e Igualdade política de Rousseau estabeleceram um norte, para os ideais da Revolução Francesa e inspiraram sua segunda fase, quando o Regime Republicano foi instaurado. Nesse sentido, os ideais pregados pela revolução francesa (Liberdade, Igualdade e Fraternidade) são a base fundamental do governo de qualquer Nação organizada, ainda atualmente.

Rousseau, só compreenderá o Estado como ente de proteção coletiva ao contemplar Leis Constitucionais que sejam benéficas para a população, devendo a soberania passar das mãos do monarca para as mãos do povo e, por fim, para as mãos do Estado.

Quando o Estado é distinguido radicalmente da sociedade civil, quando ele tem o único papel de proteger a propriedade e a liberdade dos indivíduos que formam a sociedade, o interesse dos indivíduos se torna um fim supremo, tornando-se facultativo ser membro ou não do Estado. Como o Estado é o espírito da objetividade, como é a única maneira de os indivíduos viverem em associação, é somente como membros do Estado que os indivíduos alcançam a objetividade, a verdade e a moralidade (ROCHA; KRETZER; KLOZOVSKI, 2012, p. 171.)

Assim, cabe à Sociedade Civil se estruturar em diferentes modelos, tais como os sindicatos, as associações de classes profissionais, ONGs e partidos políticos, com objetivo de se prevalecer a vontade popular ou mesmo de estabelecer um poder comum. Em suma é possível dizer que, inicialmente o Contrato Social de Hobbes e Rousseau é o instrumento para resolver o problema da opinião particular sobreposta sobre a vontade geral.

1.4 O LEVIATÃ DE HOBBS

Em Hobbes, o Direito de Natureza, denominado, ainda, como *jus naturale*, é a liberdade que cada indivíduo possui para preservar a própria existência, e dessa forma, realizar quaisquer ações que julgue necessárias para alcançar esse fim.

Podemos compreender a noção de liberdade como uma ausência de impedimentos externos que impediriam o indivíduo de realizar cada um dos seus

desejos. Assim, no Estado de Natureza se estabelece através da razão, uma lei, chamada de *Lex naturalis*, responsável por vetar ao homem a execução de ações capazes de destruir-lhe a vida.

A estado natural do homem é uma condição de guerra de todos contra todos, no Estado de Natureza cada indivíduo é governado pela própria razão e nele buscam proteger-se de seus inimigos, uma vez que tem todos os homens Direito à todas as coisas, não podendo nenhum deles dormir tranquilamente, por mais forte e sábio que seja.

Dessa forma, é importante destacar que a regra geral da razão estabelece a necessidade de cada homem se esforçar pela paz, enquanto possuir esperança de alcançá-la, porém caso não consiga cabe a este usufruir de quaisquer vantagens que consiga da guerra. Assim, o primeiro tópico dessa regra diz respeito a Importância de se procurar a paz e o segundo tópico encerra o Direito de Natureza ao discorrer sobre a defesa de nós mesmos.

Desta lei fundamental de natureza, mediante a qual se ordena a todos os homens que procurem a paz, deriva esta segunda lei: Que um homem concorde, quando outros também o façam, e na medida em que tal considere necessário para a paz e para a defesa de si mesmo, em renunciar a seu direito a todas as coisas, contentando-se, em relação aos outros homens, com a mesma liberdade que aos outros homens permite em relação a si mesmo. Porque enquanto cada homem detiver seu direito de fazer tudo quanto queira todos os homens se encontrarão numa condição de guerra. Mas se os outros homens não renunciarem a seu direito, assim como ele próprio, nesse caso não razão para que alguém se prive do seu, pois isso equivaleria a oferecer-se como presa (coisa a que ninguém é obrigado), e não a dispor-se para a paz (HOBBS, 2019, p. 137-138).

A renúncia de um direito significa privar-se da liberdade de negar a um terceiro o direito próprio, uma vez que quem renuncia seu direito não permite a outrem tê-lo se já não o possuísse anteriormente, visto que o homem tem direito à tudo na natureza, assim, podendo transferi-lo a outrem e adquirindo, nesse sentido, o dever de não anular esse ato livre de vontade.

Portanto, é intitulado de injustiça e até mesmo de injúria desfazer-se, de forma voluntária do Pacto uma vez feito, pois quando um indivíduo renuncia algum direito, o faz considerando que outro lhe será concedido.

Assim, pode-se dizer que quando se faz um Pacto em que nenhuma das partes o cumpre o torna nulo. Porém, se houver um poder superior aos contratantes, que possua um poder de força de direto para impor o cumprimento do Pacto, este não se torna nulo.

Pelo Pacto, uma multidão de indivíduos constituem o chamado Corpo Político, ou seja, uma pessoa artificial, denominada Estado e que possui sua gênese na ação humana. A teoria do Direito Natural ilustra, nesse interim, a noção de um grupo humano que compartilha os mesmos bens e ideias com um destino comum.

Hobbes declara que o soberano pode um rei ou assembleia democrática e a soberania pertencer ia de modo absoluto ao Estado, capaz de exigir obediência incondicional de seus governados, por estes, o soberano foi criado e por estes lhe foi concedida a espada e a Lei, a vida e a propriedade de todos os bens.

Em suma, no Estado de Natureza o Medo da morte violenta reina sobre os homens e para protegerem-se uns dos outros cercam suas terras e constroem armas. Nesse estado não há garantias e sempre haverá sobreposição do mais forte sobre o mais fraco, portanto, esta é a única lei que conhecem a “da força do mais forte” que conquista e conserva os próprios bens sobre os demais.

Assim, um Pacto torna-se válido ao se instituir um poder civil forte o bastante para ser capaz de obrigar seus subordinados a cumpri-lo e nesse momento a propriedade passa a existir. É indispensável, nesse momento que todos os homens renunciem a determinados direitos da natureza, tais como a liberdade, porém aos homens deve ser conservado o Direito de desfrutar do ar, do movimento e de todas as coisas sem as quais não consegue viver.

O poder comum deve ser dirigido para o benefício de todos e a única forma de instituir um poder assim, capaz de defender seus contratantes das invasões estrangeiras e injúrias de outros indivíduos é através do Pacto, pelo qual é garantida

a segurança satisfatória. Assim, todo o poder é conferido a um homem ou assembleia deles para transformar a pluralidade de vontades em uma só.

1.5 CONTRATO SOCIAL DE ROUSSEAU

É pelo Contrato Social que o soberano, atravessa do seu estado de natureza para à Sociedade Civil, na qual os indivíduos lançam mão da sua liberdade e posse natural dos bens. É, também, a partir desse estado civil que o homem entrega a um terceiro, chamado de soberano, suas armas e riquezas. Tal soberano estabelece-se, então, como uma autoridade política, capaz de criar e aplicar leis.

Para validar a Teoria do Contrato Social, quem confere poder ao soberano é o povo, naturalmente todos os indivíduos nascem livres, ainda que haja indivíduos mais fortes que outros. Nesse sentido, um Pacto só terá validade se seus contratantes forem livres e iguais e se conscientemente dão e concedem os termos do Pacto.

Pois é garantido pelo direito natural duas condições para a validação do Contrato: o usufruto dos mesmos direitos naturais e liberdade para que possam transferir a um terceiro tal liberdade, dando ao Soberano a legitimação de seu poder e soberania.

Em suma, pelo direito natural, os indivíduos, de forma voluntária fazem um Pacto e depositam nas mãos do soberano o poder para governá-los.

Para Rousseau, o homem natural é um indivíduo moral, que por vontade geral cria o Estado. Nesse sentido, é possível compreender que o Direito Político fala em Sociedade. Em outras palavras, os indivíduos independentes e isolados, criam por vontade própria um Contrato que possui vantagens e interesses recíprocos.

Nesse sentido, podemos conceber a Sociedade Civil como o próprio Estado, que resguarda seus indivíduos sob as lei promulgadas e executadas pelo Soberano. Após o estabelecimento do Contrato, ocorre a transferência do Direito Natural dos contratantes ao Soberano, autorizando, dessa forma, a conversão dele para o Direito Positivo, responsável por garantir a vida, a liberdade e a propriedade privada de seus governados.

Para Rousseau, o soberano é o povo, entendido como vontade geral, pessoa moral, coletiva, livre e corpo político de cidadãos. Os indivíduos, pelo

contrato, criaram-se a si mesmos como povo e é a este que transferem os direitos naturais para que sejam transformados em direitos civis. Assim sendo, o governante não é o soberano, mas o representante da soberania popular. Os indivíduos aceitam perder a liberdade civil: Aceitam perder a posse natural para ganhar a individualidade civil, isto é, a cidadania. Enquanto criam a soberania e nela se fazem representar, são cidadãos. Enquanto se submetem às leis e à autoridade do governante que os representa chamam-se súditos. São, pois, cidadãos do Estado e súditos das leis (CHAUÍ, 2000, p. 4)

Os governados, ainda, transmitem ao Soberano o Direito restrito ao uso da força, da violência e da vingança contra infrações e crimes.

Porém quando Jean Jacques Rousseau publicou suas obras, em 1762, como “Emilio” e “O Contrato Social” passou a preocupar às autoridades, que consideravam suas ideias ofensivas às autoridades, levando o autor, inclusive a se refugiar em Neuchâtel, na Prússia. Em sua obra, “O Contrato Social” Rousseau nos apresenta a noção de que a pessoa humana é também um sujeito de todo direito, assim sendo a fonte de toda regra e Lei.

O autor visualiza a liberdade como uma norma. Dessa forma, tanto a tiramos quanto à escravidão são ações capazes de ameaçar o indivíduo, enquanto a propriedade privada, também corrompe a condição humana. Por essa razão, Rousseau, sugere desligar o homem do Estado de Natureza.

Para o autor a liberdade do Homem Civil se traduz no respeito às Leis Civis, que reflete a vontade comum. Portanto, o Estado representa o povo em uma Pessoa Pública, que recebe o nome de Estado se passivo e Soberano se ativo. Já os associados recebem o nome de Povo e são chamados, no particular, de cidadãos, partícipes da Autoridade Estatal ou podem ser, ainda, chamados de súditos se estiverem submetidos às Leis do Estado.

Assim, Rousseau convida o cidadão à aceitar a autoridade da vontade geral e assim, possa pertencer a um corpo moral coletivo e adquirir a liberdade de obedecer às leis que pela vontade geral são prescritas.

Ademais, é importante destacar que é pela democracia que se exerce o Direito Político. É por ela que toda autoridade e soberania se vincula ao povo. De diferentes formas, pode-se delegar ao Estado formas de exercer sua função executiva, desde governos monárquicos até republicanos. Porém, deve esse Estado obedecer às leis

empregadas pela assembleia ou quaisquer outros que o povo tenha delegado seus poderes.

No entanto, de acordo com o Contrato Social, é importante que algumas sanções sejam impostas para a manutenção da estabilidade política do Estado. Para Rousseau essas sanções deveriam ser apenas restrições morais, podendo, a qualquer manifestação de repressão da vontade geral, ter o povo o direito de derrubar o Governo.

Em suma, o Estado é o poder estabelecido pela Lei, que resguarda os direitos individuais. Para Rousseau, esse Estado seria o Povo (em particular, a Burguesia). Sendo assim, o Governo é o mandatário do povo, exerce o poder da soberania ativa, ou seja, uma soberania participativa e executa a legislação de modo a efetivar o Contrato Social, em que o individual se encontra acima do coletivo.

As normas, porém, são divididas por Rousseau em quatro espécies fundamentais, a saber: a primeira, a das leis políticas, que determinam a forma do Estado, a segunda, das leis que regulam a relação dos membros entre si ou com o corpo todo, a terceira é a coercibilidade, uma relação entre o homem e a lei, vinculada à penalidade por desobediência, cuja expressão máxima são as leis criminais, e a quarta e mais importante, que é a única capaz de identificar um Estado, são seus usos e costumes. As leis políticas, que estabelecem um modelo de Estado, são as Constituições (ROCHA; KRETZER; KLOZOVSKI, 2012).

Em suma, Rousseau acreditava em um estado de natureza com indivíduos isolados pelas florestas e sobrevivendo com o que lhes era concedido por elas. O estado do bom selvagem chega ao fim quando alguém cerca um terreno e declara sua propriedade. Essa é a gênese do Estado de Sociedade.

2 APLICAÇÃO DO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL AO CASO CONCRETO E AS POSSÍVEIS CONSEQUÊNCIAS AO CORPO SOCIAL CASO A DUPLA FINALIDADE RESSALTADA NO ARTIGO NÃO SEJA SATISFEITA NA MESMA MEDIDA.

2.1 LOCAIS DE PUNIÇÃO

Houveram inúmeras construções prisionais no Brasil do Século XIX, instituições desprovidas de um sentido ressocializador e que tinham por principal finalidade o

recurso coercitivo para o cumprimento das penas. Não haviam outros meios como o pagamento de multa, de modo que o encarceramento do indivíduo se tornava a única garantia de contensão do acusado/condenado.

Durante os três primeiros séculos da colonização era comum o uso da prisão como um instrumento de ameaça que refletia o poder arbitrário nas vilas coloniais. A título de exemplo, era instituído aos “purins”, ou indígenas, como viriam a ser conhecidos posteriormente, que não perambulassem longe de suas aldeias ou fazendas de seus senhores livremente sob pena de prisão e castigo.

Para todas as possíveis infrações do mundo colonial haviam previsões de penas impostas pelo arbítrio dos oficiais. Também, para o mesmo crime poderiam haver punições distintas, caso o condenado se tratasse de um peão ou mesmo um escravo poderia ser recolhido em prisão, por exemplo, poderia ser açoitado ou mesmo condenado à morte. No entanto em se tratando de alguém de “maior condição” poderia pagar uma multa ou ser degredado da Colônia.

Resta claro, portanto, a presença discriminatória ao lidar com o crime e a punição conforme a origem e condições de seu autor. No Brasil o principal Órgão executor das disposições dispostas nas Ordenações era a Câmara, constituída por um grupo de oficiais, a saber: um juiz ordinário, três vereadores, um procurador, um ou dois almotacéis e um escrivão.

A cadeia englobava o poder municipal, na qual os oficiais recolhiam criminosos e os demais transgressores tais como os escravos fugidos, índios rebelados e até indivíduos que se recusassem a servirem como carcereiros. E apesar de considerada fundamental São Paulo encontrou dificuldades de fixar um local próprio para abrigar os condenados, de forma que, casas alugadas ou dependências próximas à Câmara faziam tal papel. O problema residia na falta de segurança, iluminação e higiene desses lugares.

Apenas em 1787 surgiu em São Paulo uma construção sólida e segura o suficiente para atender as necessidades da época, com a presença do capitão general, levantamento da Casa de Câmara e Cadeia. Nesse período, o cárcere comportava enxovias (celas), casa para presos, (sala de encarceramento), sala livre, reservada para os mais “qualificados”, sala fechada (similar às celas fortes), aljube, onde ficavam os clérigos e a denominada “moxinga”, uma cela reservada para

àqueles com culpa grave e na qual o uso de torturas para obtenção de informações era realizado e o oratório, no qual os condenados à morte encontravam consolo na religião em seus últimos dias.

As prisões, porém, apresentavam os velhos problemas de precariedade constantes desde os primeiros séculos coloniais e ainda haviam carências como um livro da entrada de presos, o baixo salário dos carcereiros, que por consequência abandonavam suas funções e fugas constantes. Outra adoção nesse momento foi a utilização dos condenados na realização de serviços.

Até o trabalho de retirada de formigas das áreas públicas ou mesmo particulares começou a ser feitos por presos acorrentados da Cadeia. A utilização dos galés, como eram conhecidos os presos que realizavam serviços públicos, torna-se mais usual, na medida em que a cidade preocupava-se com a higiene e a limpeza. Com zelo até então desconhecido. Ao mesmo tempo recorrer ao trabalho dos condenados era uma forma barata de contornar a eterna escassez de recursos do erário público. (SALLA, 2004, pag. 40)

Ocorre que graças a não aceitação do sofrimento humano como consequência das penas se buscou humanizar das prisões, de forma que a partir das condições deploráveis que se encontravam os locais de punição pontuou-se a necessidade de se construir estabelecimentos adequados para o cumprimento da pena, higiênicos, com acesso médico e alimentação afim de efetivar as necessidades básicas do condenado.

É importante ressaltar que uma das contribuições para a origem da prisão moderna está diretamente ligada ao Direito Canônico, principalmente no que se diz respeito à reforma do condenado. Afinal, na expressão “penitência” se encontra a gênese do vocábulo “penitenciária”. Ademais, até o século XVIII era comum considerar o crime como pecado contra as normas humanas e divinas.

A noção de pena medicinal (da alma) se sustenta nas penas canônicas, o objetivo seria o de induzir o arrependimento através da reclusão, de modo que o pecador se arrependesse de suas culpas, assim que pudesse compreender a gravidade dos seus crimes. Para Santo Agostinho a pena deveria orientar sempre para a reconstrução de seu indivíduo.

Nesse sentido, as ideias de fraternidade, redenção e caridade da Igreja teriam influenciado o direito punitivo, buscando a correção e a reabilitação do condenado. Então de um lado encontra-se a penitência, que seria traduzida através do

encarceramento por determinado período, assim pena busca despertar no culpado o arrependimento, ainda que para isso deva castigá-lo.

Na segunda metade do século XVI houve um salto na evolução das penas privativas de liberdade e na construção de instituições estruturadas para corrigir os apenados. Mesmo o trabalho e a disciplina eram considerados meios educativos para se reformar os detentos.

O poder de punir é estabelecido pela legislação da época e consiste em uma função geral do Corpo Social que é praticado de forma igualitária sobre todos os seus indivíduos. Assim, o local em que se executa a pena é também um local de análise dos condenados, no sentido de: Vigilância e no de conhecimento do apenado desde seu comportamento à sua gradual recuperação.

É importante que as penitenciárias sejam elaboradas como locais de formação, registrando tudo acerca dos apenados. É como o concebido no Panóptico (Vigilância, segurança e Transparência). O Panóptico é idealizado como um projeto arquitetural, por volta de 1783-1840. Nesse programa se substituiria as coações violentas pela eficaz vigilância, através de uma arquitetura transparente à gestão do poder.

Dessa forma, o espaço do Panóptico era ordenado conforme a humanização das legislações mais recentes. Tanto a autoridade quanto o arquiteto deveriam compreender as penas num sistema de regeneração dos condenados. Podemos compreender o Panóptico como um semicírculo, ou uma forma de cruz ou a disposição em estrela, com um ponto Central para inspeção e vigilância, no qual se pode ver a entrada de todas as celas. É função da penitenciária transformar a medida penal em uma operação, de modo que a transgressão gera a pena, mas a prisão motiva a mudança apenado.

2.2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A concepção de dignidade apresenta dois diferentes conceitos: o da dignidade da pessoa humana e o da dignidade da espécie humana. O primeiro conceito encontra-se presente nas atuais constituições e, também, nos tratados internacionais que versam sobre os direitos humanos.

Já o conceito de dignidade da espécie humana reside em podermos dizer que o ser humano tem uma posição especial no mundo dentre todos os seres vivos. A dignidade humana se assenta na compreensão de que todos os indivíduos pelo simples fato de serem humanos, possuem intrinsecamente dignidade, conseqüentemente, sendo a eles garantido respeito e consideração.

Dessa forma, pode-se dizer que o direito ao reconhecimento se encontra atado à dimensão intersubjetiva dignidade, exprimindo que a ordem jurídica é responsável por garantir a todos igual consideração e respeito pelo Estado e pela comunidade. Assim, o direito ao reconhecimento se opõe a desvalorização identitária, combatendo seus efeitos negativos e ainda reagindo contra a invisibilidade, discriminações e violências materiais ou simbólicas praticados contra os grupos estigmatizados.

A exclusão de grupos estigmatizados ao acesso equitativo de direitos é habitual. Tal exclusão é um claro sinal de desprezo, impondo aos indivíduos desses grupos a condição de inferioridade, de forma a privá-los dos bens materiais mais importantes.

Ao discorrer sobre o valor intrínseco do indivíduo Sarmiento aponta para três sentidos distintos que podem ser associados à dignidade, um deles é justamente o valor intrínseco que dispõe o ser humano. A noção de dignidade expressa um status elevado do indivíduo. Outro sentido a respeito da dignidade é a “digna conduta”, no qual são as ações que se associam a dignidade e não seus status sociais.

Ainda, no atual direito, dignidade está relacionada aos direitos humanos, sendo ontológica e não contingente, ou seja, todos os seres humanos possuem dignidade apenas por serem humanos, não existindo qualquer ressalva quanto ao gênero, idade ou deficiência. E ainda que na condição de infrator não perde a pessoa sua dignidade. Portanto, por não ser concedida, a dignidade não pode ser retirada por ninguém, seja Estado ou sociedade. Ela não pode ser perdida ainda que violada, tendo em vista que é inerente ao ser humano.

Nesse sentido, o ser humano deve ser tratado não como objeto e sim como sujeito de valor intrínseco com fim em si mesmo, deve, portanto, ser respeitado este valor intrínseco, a começar com algumas formas de tratamento que tratem o ser humano como ser individual.

A dignidade humana dispõe de um conteúdo amplo, podendo exercer importantes funções na ordem jurídica. “O direito a dignidade humana só desempenhará a sua função se for interpretado em conjunto com o direito à vida”.

Além da prática igualitária de direitos universais aos grupos estigmatizados, a promoção do reconhecimento demanda também medidas específicas, ligadas às suas necessidades particulares. Afinal o que a igualdade postula não é o tratamento igual a todas as pessoas, mas sim o respeito a cada um como igual. E tratar as pessoas como iguais implica reconhecer e respeitar as suas diferenças identitárias, que muitas vezes demandam proteções jurídicas diferenciadas.

A dignidade humana como fundamento dos direitos humanos e valor intrínseco à condição humana é concepção que, posteriormente, viria a ser incorporada por todos os tratados e declarações de direitos humanos, que passaram a integrar o chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos.

No Brasil, em relação a positivação jurídica, houve uma integração de quase todos os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos e que possuem menções a dignidade humana. Portanto, o princípio da dignidade tem por finalidade disponibilizar uma proteção total ao indivíduo.

Portanto, por possuírem todas as pessoas igual dignidade o indivíduo não pode ser instrumentalizado. Assim, a Constituição Federal de 1988 defendeu o pensamento de que o Estado e o Direito surgiram para a pessoa que é visualizada, nesse sentido, como um sujeito capaz de decidir, lhe sendo garantida a democracia e as liberdades individuais.

No entanto, é comum em áreas periféricas situações de desacato à dignidade. É função do Estado proteger a dignidade do indivíduo perante a ameaças. O princípio da dignidade está vinculado, ainda, à identificação dos direitos fundamentais. Em outras palavras, a dignidade humana reconhece os direitos básicos que devem ser concedidas aos indivíduos e que não estejam enumeradas na Carta Maior de 1988.

Quer o princípio da dignidade disponibilizar total proteção à pessoa. O valor intrínseco efetiva a noção do digno tratamento, bem como os inúmeros direitos fundamentais, tais como o direito à vida, à igualdade e também à integridade, seja esta psíquica ou física.

2.3 “DO DIREITO FUNDAMENTAL AO MÁXIMO EXISTENCIAL”

Os direitos fundamentais decorrem de uma conquista cultural do ser humano que se encontra em uma condição de possibilidade de perigo em relação à manifestação plena de sua condição humana. Atualmente, não existe qualquer estado sem alguma espécie de manifestação de direitos fundamentais, o que reafirma a previsão do art. 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão.

No entanto, a previsão desse direito nos textos constitucionais não é suficiente, uma vez que a comunidade necessita que a noção dos direitos fundamentais seja traduzida numa prática dos direitos básicos (práxis). Ainda assim, o texto constitucional delega ao Poder Estatal e também às políticas públicas desenvolvam integralmente a efetivação dos direitos fundamentais, promovendo, nesse sentido, o máximo existencial e não apenas o mínimo vital.

É importante encaminhar as políticas públicas e as ações do Estado para implementar as condições de existência que proporcionem o desenvolvimento total da personalidade e não apenas condições de subsistência. Esse máximo existencial é justificado pelos princípios da liberdade, da igualdade, da solidariedade e da justiça social.

Sustentado pela Constituição de 1988, o direito fundamental ao máximo existencial está ligado ao entendimento de que os direitos básicos tem por objetivo garantir a satisfação das necessidades dos indivíduos. Dessa forma, esse direito se justifica pela imposição das satisfações existenciais, de forma suficiente para contemplar os direitos sociais.

Essa satisfação acontece através da expansão dos níveis elementares da prestação, e tem por propósito consagrar a autorrealização e o total desenvolvimento da personalidade humana, que é realizado com o desempenho da capacidade da autonomia particular e a evolução da sua liberdade, assegurando, por conseguinte, a qualidade de vida do indivíduo.

2.4 DIREITO AO MÍNIMO EXISTENCIAL

Reconhecido como espécie dos direitos humanos, o mínimo existencial surge do relacionamento entre o Estado, a sociedade e o próprio indivíduo. Este último só pode atingir a dignidade caso a finalidade do Estado seja o bem comum. O direito ao mínimo existencial deve, ainda, estar relacionado ao amparo da vida da pessoa humana, reconhecendo esta como um ser de condições mínimas materiais que possam conceder dignidade a vida do indivíduo.

O mínimo existencial está relacionado ao princípio da dignidade e aos direitos sociais. É importante destacar, também, os tratados internacionais ligados ao mínimo existencial como a Declaração Internacional dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e cada um desses regimes devem ser coexistentes e complementares entre si.

Praticamente todos os tratados internacionais sobre os direitos humanos concernente ao sistema global de proteção já foram ratificados pelo Brasil. A Declaração Universal dos Direitos do Homem é substancial na defesa e no amparo dos direitos que ligados ao mínimo existencial, trata, por exemplo, do direito à seguridade social e a justa remuneração para que o trabalhador e sua família possam ter garantidas uma existência digna.

Ainda, a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento institui que o desenvolvimento é um processo político, social e cultural que tem por objetivo o bem comum da população e justa distribuição dos benefícios daí resultantes e onde tanto os direitos humanos quanto as liberdades fundamentais sejam realizadas integralmente, conforme o art. 1º, S 1º da Declaração.

A Declaração estabelece também sobre a produção de políticas nacionais para o desenvolvimento formuladas pelo Estado. É previsto, no mesmo sentido, caso seja necessário reformas sociais e econômicas que sejam aptas a erradicar as injustiças sociais, garantindo a igualdade de oportunidades no acesso aos recursos fundamentais como os serviços de saúde, alimentação, habitação e distribuição de renda, conforme o art. 8, S1º.

Pode-se considerar o mínimo existencial sob duas aspectos: a proteção negativa e a proteção positiva, o primeiro diz respeito a não incidência de tributos frente aos direitos sociais mínimos de todos os indivíduos. Já o segundo refere-se às prestações materiais realizadas pelo Estado em favor dos mais desprivilegiados.

O Estado não pode intervir no direito às condições mínimas de uma vida digna, mas é necessário que o mesmo realize prestações positivas. O direito ao mínimo existencial se relaciona diretamente aos direitos sociais, tem sua gênese nas declarações internacionais dos direitos humanos, nos princípios da igualdade e da dignidade humana, incorporando direitos como saúde e alimentação, considerado, ainda, essencial, inalienável e existencial.

Os direitos sociais ditos fundamentais são indispensáveis na efetivação do exercício das liberdades e garantia da igualdade de oportunidades, intrínsecos à concepção de uma democracia e de um Estado de Direito conduzidos pelo valor da justiça material, não possuindo apenas a face formal. É importante, também, que os direitos fundamentais estejam inscritos na constituição.

Com base no princípio da dignidade humana é defendido que o mínimo existencial é chamado, ainda, de direitos mínimos ou pequenos direitos sociais. Em regra, o cidadão não pode exercer esse status se não desfrutar dos direitos fundamentais da segunda dimensão, caracterizado pelas necessidades básicas do ser humano.

Por serem direitos universais, carecem da mesma forma do reconhecimento formal (declarações internacionais e constitucionais). Em relação às declarações constitucionais, os direitos sociais relacionados com o mínimo existencial se encontram dispostos no art. 6º da CF/88, responsável tal artigo pela ordem social.

2.5 A DUPLA FINALIDADE DA PENA

O Estado se utiliza da pena com a finalidade de regulamentar a convivência dos indivíduos em sociedade e proteger determinados bens jurídicos. Para tanto, atualmente o nosso Código Penal prevê em seu artigo 59 uma dupla intenção nas penalidades: a de reprovar a conduta praticada pelo agente e ainda a de prevenir que futuras infrações penais sejam cometidas.

Nesse sentido, nossa lei penal adota uma teoria mista ou unificadora da pena, onde, o propósito se pauta nos critérios da redistribuição e na prevenção. Portanto, visa infundir na consciência coletiva a importância do respeito aos valores fixos pela legislação penal, exercitando a inserção social e a fidelidade do direito.

Existem, no entanto, outras teorias à respeito da execução das penalidades. Conforme o esquema Retribucionista o mal incitado pela culpa do autor deve ser reparado através da imposição da pena, assim a pena tem um fim em si mesma, se condena porque delinuiu a lei.

Para tanto, segundo essa teoria absoluta, a pena deveria ter a mesma medida do dano, uma vez que a retribuição do mal causado pelo crime alcançaria à devida justiça

Já na teoria relativista a função da pena adquire fim de prevenção de novos crimes. Realizada através da intimidação de potenciais infratores ou através da linocuição/ ressocialização. Nessa concepção seria melhor prevenir delitos que castigá-los. Os objetivos da pena nessa teoria seriam a prevenção especial e a prevenção geral.

Dessa forma, a partir do momento em que um Estado democrático de direito passa a introduzir em sua Constituição Federal uma específica proteção aos direitos sociais, a pena se desvincula de seu ranço “vingativo” e passa a ser vista diante de uma ótica utilitária, objetivando com isso, um fim preventivo de forma que a política-criminal estatal atue de maneira prevenir cometimento de crimes. (SANTOS, 2019, pag. 153)

Resta claro que a pena adquire uma dupla finalidade de acordo com nossa Lei Penal atual, ao pontuar que: “O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para REPROVAÇÃO e PREVENÇÃO DO CRIME”.

Essa dupla finalidade se fundamenta em primeiro lugar na imposição do castigo ao ofensor, mas dentro do artigo em questão passa a ter uma função social e não apenas uma repreensão individual. Ora, a prisão traduz a ideia de que houve uma lesão não apenas para a vítima, mas para todo o Corpo Social. Por um lado, se pode castigar privando o indivíduo de sua liberdade, um bem universal a todos os indivíduos ou lhe impondo o pagamento de uma multa.

Frisou-se que no sistema criminal brasileiro, foi determinado, pela legislação penal, que a pena deveria exercer essa dupla função, reprovando a conduta, e ao mesmo tempo servindo de instrumento para prevenir o crime. Sendo assim, conclui-se que a pena, como mecanismo essencial do sistema penal Brasileiro, que possui, por força de lei, tanto a finalidade da reprovação quanto da prevenção. (MATTA, 2008 pág. 118 -119)

Desde o século XIX o encarceramento Penal tem por fim a privação de liberdade e reprovação da conduta como também a transformação do indivíduo encarcerado. Os objetivos que o artigo 59 do CP carrega tratam de um suplemento corretivo, assim, as instituições penitenciárias têm seu fim: denominado de saída.

Por essa razão, não deve o indivíduo condenado à penas leves ser acolhido no mesmo espaço que o detendo condenado à penas graves, pois a Lei objetiva principalmente a reparação do crime e também a correção do apenado. Dispondo o Governo, por um período da liberdade daquele indivíduo pode na sucessão dos dias contemplar a possibilidade da educação.

2.6 UM PARALELO COMPARATIVO DOS PRINCIPAIS PONTOS DAS TEORIAS CONTRATUALISTAS COM O CONTEUDO DO ARTIGO 59 DO CP

Para Hobbes, no estado de natureza o homem não contava com princípios de justiça ou direito, de modo que o mais forte sempre vencia. Na concepção do autor apenas o temor de uma autoridade poderia conter as paixões humanas, opostas à lei. Assim ao realizar o Contrato Social os homens instituem uma autoridade comum capaz de dar fim aos temores coletivos.

O primeiro ponto a ser discorrido é a necessidade de um poder visível capaz de conservar os princípios de equidade e os demais direitos naturais, pois pactos sem espadas tornam-se apenas palavras e tal força comum instituída de autoridade seria capaz de trazer segurança aos demais membros do Corpo Social. Em outras palavras, a mera positivação não é suficiente, para manter uma equilibrada convivência em sociedade é necessário que haja alguma consequência à lesão de determinado direito.

Ou seja, é fundamental que exista um poder absoluto coercitivo e punitivo apto à coagir os indivíduos à obediência das normas necessárias à uma convivência pacífica. Porém, a repercussão de uma ação/omissão não pode ser imposta por qualquer pessoa, sem critérios, para que não se recaia em superficialidades. Para tanto, se estabelece uma assembleia ou um indivíduo representante das diversas vontades.

Nesse sentido, visando a conservação da paz assume a autoridade o direito de ser juiz dos meios necessários para se alcançar a paz e manter a defesa dos direitos positivados, seja de forma antecipada a fim de se preservar a segurança ou como também recuperá-la, quando perdida.

Podemos realizar um paralelo acerca das teorias de Hobbes com nosso atual Sistema Penal, especificamente no que declara o artigo 59:

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

Assim como o exposto acima, diante da lesão de um direito a Legislação aponta uma autoridade para impor uma consequência, uma pena ao indivíduo infrator. É possível compreender através do enunciado do artigo 59 do Código Penal Brasileiro que esta punição estabelecida pelo juiz deve alcançar duas finalidades distintas e concorrentes: a reprovação do crime e a sua prevenção.

Segundo a ótica do legislador brasileiro do Código Penal vigente, a pena ao ser aplicada deve se prestar a retribuir, reprovar o mal causado pela prática do crime e também deve servir para evitar novos crimes. A prevenção de crimes se dá mediante uma mensagem de comunicação à sociedade pela aplicação da pena, o que consiste na prevenção geral, ou trabalhando individualmente o sujeito que delinuiu, pela via da ressocialização ou, simplesmente, o intimidando, de maneira a fazê-lo acreditar que o cometimento de delitos não compensa, o que consiste na prevenção especial negativa (BURICHEL, 2018, p. 9)

Em primeiro lugar, nosso sistema penal adota o princípio da legalidade ou reserva legal (art. 1º, CP e art. 5º, XXXIX, CF), ou seja, de acordo com o texto do Código não há crime sem lei anterior que o defina. Da mesma forma que sem uma previa cominação legal não há pena. Assim, deve haver uma lei anterior proibindo a realização ou omissão de determinada conduta se o intuito é estabelecer uma sanção à fatos incriminadores e que lesam bens jurídicos.

Igualmente, vemos em Hobbes a importância de se positivar as normas afim de estabelecer as condutas válidas e as contrárias à convivência social. Para o autor, as leis civis são aquelas que os homens são obrigados à respeitar. É o poder do soberano que leva à obediência da lei. Nesse sentido, é necessário estabelecer

punições aos que a afligirem e deve ser obrigatória à todas as categorias de indivíduos.

Ademais, as sentenças devem estar em harmonia com a razão do seu soberano. Podemos apontar, nesse sentido, todos os cuidados elencados pelo texto penal a serem tomados pelo juiz antes da imposição da pena como a análise dos antecedentes, à conduta social, circunstâncias e consequências do crime, entre outros. Não pode o juiz estabelecer uma sentença sem antes considerar as pontuações do legislador, aqui podendo ser entendido como a razão do soberano.

Podemos enxergar o pensamento de Hobbes nesse Direito, uma vez que, também, se encontra em jogo a garantia da vivência da norma, posto que, praticada a inflação penal pelo agente este deve ser punido para que se firme a norma penal. O que nos leva à dupla função do artigo 59 do Código Penal Brasileiro: **prevenção e reprovação.**

Para o autor, a finalidade da pena não é vingança, mas um meio para tornar mais dispostos os homens à obediência. Ou seja, ao se reprovar a ação considerada pelo soberano como transgressão da lei predispõe os homens à obedecer, visa a submissão à Lei do delinquente e de outros homens através do exemplo.

Podemos enxergar nesse intuito tanto uma espécie de prevenção (estabelecido através da experiência do delinquente) na qual o indivíduo se recusa ao cometimento de futuros possíveis delitos por medo da punição como também uma espécie de reprovação, uma vez que para Hobbes a infração é um ato de ingratidão ao Estado que preserva todos os súditos lhes concedendo uma vida mais satisfeita.

Para Rousseau, era necessária uma associação capaz de defender e proteger tanto os indivíduos como seus bens. No Pacto Social, por exemplo, o homem é invadido por um instinto de justiça e se vê obrigado a agir com base na sua razão. Assim, se busca a união dos direitos e deveres com a legislação afim de se atingir a finalidade da justiça.

A Lei considera o coletivo, nesse caso viver conforme seus desejos individuais, buscando reivindicar a liberdade natural seria viver como um inimigo da comunidade política.

O autor acreditava que a Lei foi instituída para unir os direitos aos deveres e dirigir a justiça até sua finalidade. Portanto, ao contrário do Estado de natureza, todos os direitos seriam definidos pelas convenções e legislações. Assim, de forma análoga, o Direito Penal tem como bandeira a lei, ao discorrer que um agente apenas é responsabilizado por suas condutas se houver um tipo penal incriminador que às proíba.

Quando Rousseau define o papel do legislador no Contrato Social, atribui-lhe uma função extraordinária que consiste em mudar a natureza do homem, transformar cada indivíduo, que por si mesmo é um todo perfeito e solitário, em parte de um todo maior, do qual de certo modo esse indivíduo recebe sua vida e seu ser; alterar a constituição do homem para fortificá-la, substituir a existência física e independente que todos nós recebemos da natureza, por uma existência parcial e moral. Em uma palavra, é preciso que destitua o homem de suas próprias forças para lhe dar outras que lhe sejam estranhas e das quais não possa fazer uso sem socorro alheio. [...] poderemos então dizer que a legislação está no mais alto grau de perfeição que possa atingir. (Rousseau, 1973, p. 63)

Rousseau centra sua discussão no discurso de que a submissão à autoridade é condição de liberdade, assim a imposição de uma norma seria nada mais do que uma resolução da vontade geral.

Também, em alusão ao autor podemos ver no Direito Penal a finalidade de resguardar os bens jurídicos mais importantes do indivíduo. É possível visualizar a reprovação das condutas ilícitas, pois existe a exigência de que as leis sejam respeitadas o que se iguala a exigir a efetivação da justiça e o funcionamento do Estado.

Pois, a Sociedade é a maior interessada na repressão de condutas consideradas inadequadas para a convivência comunitária. Assim, o que à critério do grupo social é julgado como ofensivo à comunidade é reprimido oficialmente pelo Estado, que toma a ofensa sobre si mesmo.

Porém os homens deveriam ser formados moralmente para um Corpo Político apto a responder a inúmeros aspectos, tais como a soberania popular. Assim, o poder político só será legítimo se pertencer ao povo. Influenciado por pensamentos iluministas, Rousseau ressaltava, ainda, o conhecimento/educação como instrumento para trabalhar os sentimentos naturais do indivíduo, visto que a razão é a responsável por nos fazer entender o bem e o mal.

Podemos visualizar a educação vista em Rousseau como a prevenção de que discorre o direito penal, como Rousseau disserta, o conhecimento exercita a razão, algo que a prevenção penal exige.

O objetivo da educação seria formar um agente livre, pois ao indivíduo cuja a mente não possui uma direção sabia dificilmente tomaria o caminho correto. Conseqüentemente, o educando assume papel central no processo de aprendizagem.

Como podemos observar até aqui, o mero encarceramento tem se mostrado ineficiente para conter a reincidência entre adultos egressos penitenciários. Por essa razão a segunda função da pena é tão importante, pois visa a prevenção de novos delitos ou mesmo a recuperação socioeducativa dos indivíduos apenados.

O tema educação e trabalho seriam, no caso concreto, propostas de inclusão social dos detentos e uma efetivação do segunda finalidade da pena no contexto civil.

2.7 REPROVAÇÃO E PREVENÇÃO: A importância da dupla função da pena no Contexto Civil

Apesar de ser considerado por muitos o país da impunidade, o Brasil é responsável pela quarta maior população carcerária do mundo, no entanto de cada dez apenados sete retornam ao sistema penitenciário. Dessa forma ao se levantar reflexões acerca das finalidades da pena no artigo 59:

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

É possível compreender que a prevenção não é completamente empreendida na execução penal, visto que um número significativo de agentes voltam a cometer novos crimes.

Nesse sentido, é possível identificar presídios lotados e sem condições básicas para conferir a dignidade humana, conforme determinação legal (artigo 1º, III da Constituição Federal de 1988) e uma reincidência elevada, responsável pelo desconforto social e pela ideia de impunidade. Portanto, a dupla finalidade da pena

trazida pelo artigo 59 do CP se complementa no sentido de que não é suficiente encarcerar o indivíduo, afim de separá-lo da sociedade sem que haja também um processo de recuperação para reintegrá-lo.

Há pela Lei uma exigência de justiça e em consequência uma necessidade de se punir o agente que praticou a infração (*punitur quia peccatum est*), mas também há uma preocupação com o futuro, que consiste em prevenir que o infrator cometa novos crimes e também em gerar na sociedade um temor diante da sanção/pena evitando assim, a pratica de novos delitos.

Em outras palavras, a teoria mista, adotada pelo artigo 59 do Código Penal Brasileiro busca com a pena a punição e a prevenção, seja esta através da intimidação social ou pela reeducação do criminoso.

O grande problema enfrentado pela execução penal é a efetivação de ambas as finalidades de forma concomitante, uma vez que sua concretização não está subordinada apenas ao direito, mas depende, ainda, de uma série de fatores do Estado e das políticas públicas para seu cumprimento.

Dessa forma, chegamos à questão central de nosso trabalho que é: a necessidade do emprego de ambos objetivos da pena como solução definitiva para a insegurança social à luz da contribuição dos filósofos contratualistas para a conservação do respeito às leis e a manutenção dos direitos individuais.

Pode-se entender que, supostamente a instituição prisional não se destina a suprimir as infrações, pois, se o encarceramento fracassa reside, pois, a manutenção da delinquência e a indução da reincidência. Por essa razão, é importante discutir a aplicação do art. 59 do Código Penal ao caso concreto e as possíveis consequências ao Corpo Social caso a dupla finalidade ressaltada no artigo não seja satisfeita na mesma medida.

Em Hobbes, fica clara a importância dada à legislação e ao poder de punir do Estado, uma vez que é o Estado o responsável por levar seus cidadãos à respeitar as regras de convivência social mais importantes. Portanto, o poder de punir adquire um olhar legítimo afim de manter a segurança e uma vivência satisfeita.

Em outras palavras, realizando um paralelo entre o ponto de vista contratualista

de Thomas Hobbes e o disposto pelo artigo 59 do Código Penal pontuasse, principalmente, o valor da lei e do legislador ao aplicar quanto seja necessário uma pena à quem quer que contra às normas estabelecidas atue.

Mais a frente vai a análise de Jean Jacques Rousseau ao discorrer que a Lei deve ser pautada com sabedoria e prudência, e não o faz o artigo 59 do Código ao pontuar além da necessidade de reprovação a importância da prevenção da pena?

As regras estabelecidas são nada mais que a vontade do povo redigida e portanto devem ser respeitadas para a ordem social (Daí podemos fazer um análise a primeira função da pena: Reprovação, visto que ferir as normas estabelecidas pela assembleia é ferir o bem comum e ir contra a vontade geral da Sociedade. Pois, ao se buscar a instituição da igualdade e da liberdade é preciso que haja um corpo político responsável pela manutenção da ordem e dos direitos dos seus cidadãos.

Por outro lado Rousseau faz alusão a um ponto importante a ser tratado no código Penal Brasileiro: A prevenção de futuras infrações no âmbito social, ao refletir que se os indivíduo devem ser educados sob o princípio da igualdade e incentivados a respeitar tanto às Leis do Estado como a vontade geral.

A educação é um instrumento para o contratualista e diz respeito à preocupação dos governantes em estabelecer uma ligação entre os interesses dos cidadãos e o sucesso ao desenvolver habitantes virtuosos e aptos para a sociedade. O que nos leva a ponderar sobre o segunda função da pena mencionada pelo artigo 59 do Código Penal Brasileiro: A prevenção.

A prevenção tem por fim último o cometimento de novos delitos por um mesmo infrator além da intimação social. Se por um lado há uma inibição de novos crimes pela , por outro há uma busca pela recuperação do infrator (ressocialização). Da mesma forma o art. 1º Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984), dispõe que: “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de Sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”

E nesse sentido, em alusão aos pensamentos de Jean Jacques Rousseau se ressalta a importância da educação na formação de indivíduos que possam respeitar o coletivo. Assim, é essencial que haja um processo de ressocialização do condenado

através de medidas educativas, de acompanhamento psicológico e qualificação de trabalho. Medidas paliativas servem ainda como sistemas preventivos ao se apoiar crianças e adolescentes em uma Educação de qualidade.

Em suma, compreende-se que o sistema penal Brasileiro é falho, uma vez que ambas as finalidades da pena não são na prática efetivadas. Os estabelecimentos prisionais acolhem os apenados, porém não os reeducam, mas sim fomentam a criminalidade. Daí a importância de se adotar um sistema prisional racional e humano como o disposto no artigo 59 do Código Penal Brasileiro.

CONCLUSÃO

Como discorrido, atualmente o nosso Código Penal prevê em seu artigo 59 uma dupla intenção nas penalidades: a de reprovar a conduta praticada pelo agente e ainda a de prevenir que futuras infrações penais sejam cometidas. Destarte, foi possível observar que o Estado se utiliza da pena com a finalidade de regulamentar a convivência dos indivíduos em sociedade e proteger determinados bens jurídicos.

Nesse sentido, o presente trabalho investigou os estudos acerca do Estado Civil, presentes nas obras dos principais pensadores políticos do período moderno: Thomas Hobbes e Jean Jacques Rousseau e buscou se aprofundar no posicionamento de ambos a respeito do homem na sociedade.

Chegamos ao conhecimento de que para Hobbes a gênese do Estado está em defender o homem, cuja segurança é o seu objetivo. Assim, o autor exalta as recompensas e os castigos como os nervos desse corpo constituído pelos homens (Estado), sendo a pena uma intervenção advinda de uma anterior transgressão da Lei.

Já na análise de Rousseau, foi possível entender que no Estado Civil o homem usa sua razão, se priva das vantagens concedidas pela natureza, como o direito à liberdade incondicional, mas ganha outras tantas de igual valor, que são respeitadas por todos os homens civis.

Assim, pôde-se ressaltar a diferença entre os dois pensadores na organização da Sociedade e na instituição de suas regras, elencando, portanto, as correlações dos contratualistas com o nosso ordenamento jurídico penal atual.

A discussão desse tema foi importante para questionar a gênese da necessidade de uma sociedade vigilante e punitiva, bem como da aceitação Social do direito do Estado de punir. Sua relevância também se encontra na compreensão, pelo estudo, do Sistema Penal como um mecanismo voltado para a consumação da paz social.

Nesse sentido, o presente trabalho aprofundou-se nos conhecimentos sobre o sistema penal, externalizando a importância da penalidade ser executada de modo a abarcar suas duas finalidades, a fim de que uma não pese mais que outra e o artigo 59 seja completamente satisfeito.

Portanto, a referida pesquisa buscou elencar alguns problemas a serem respondidos como a aplicabilidade das teorias contratualistas de Hobbes e Rousseau no contexto jurídico e na Execução das penas pelo Estado Civil. Assim, se delimitou a importância dos pensadores contratualistas para o Direito Penal à luz de suas obras Políticas.

Foi ressaltada, através da análise da obra do Leviatã de Hobbes, a importância dada pelo autor ao valor das leis e estudado no Contrato Social de Rousseau, os apontamentos sobre a razão e compreensão do Estado como ente que protege direitos individuais.

Constatou-se inicialmente, que o Estado gera através de suas leis, o direito e a ordem e que tais leis são acompanhadas pelas sanções, em outras palavras, é o direito, visualizado como regras de conduta ditadas pelo Estado e escoltadas por coerções. Nossa sociedade é dotada de regras e dispôs o legislador sanções aos indivíduos que as desobedecerem.

Foi possível observar, ainda, que a Lei deve ser pautada com sabedoria e prudência. Assim o legislador estabelece funções às sanções instituídas. No nosso atual sistema penal Brasileiro duas funções ganham notoriedade pela Lei: A reprovação e a prevenção.

Porém quando se analisou o ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional, foi possível constatar que a dupla função dada pelo legislador à pena não é completamente atendida, prejudicando, assim a visão do sistema penal como instrumento de consumação da paz social. E assim, é essencial pontuar algumas sugestões.

O primeiro impulso em meio à efetivação de uma comunidade em comunhão com o bem comum é a prevenção de violências. Portanto, é indispensável ao Sistema Carcerário, adotar um paradigma em relação às políticas públicas que considerem as especificidades dos indivíduos, uma vez que se isso não acontece, apenas persiste a perpetração da violência.

Portanto, é preciso conceder aos detentos a visibilidade que abarca a segunda função da pena, para que não seja institucionalizada a violência, uma vez que são colocados em espaços que não atendem suas necessidades. Por essa razão, uma

das hipóteses desse trabalho dizia respeito ao enfrentamento das falhas do sistema penitenciário.

Nesse sentido, o presente estudo ressaltou a noção de Rousseau do homem como papel central no processo de aprendizagem. Afim, de promover uma maior prevenção de novas infrações, foi ressaltada pela pesquisa a importância da educação e do trabalho na formação de indivíduos que possam respeitar o coletivo.

Assim, essa monografia contribui para a compreensão do sistema penal em toda sua complexidade, promovendo a difusão do tema e estabelecendo uma base para futuros estudos.

REFERÊNCIAS

- BEKER, E. Educação e política: Notas sobre a formação do homem e do cidadão em Rousseau. **CONTEXTO & EDUCAÇÃO**, Editora Unijuí, Ano 24 nº 82 Jul./Dez. 2009
- BITENCOURT, C. R. Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas. 5º Edição. São Paulo: Saraiva, 2017. CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1997.
- BOSCHI, J. A.P. **Ação Penal: As fases administrativas e judicial da Persecução Penal**. Porto Alegre: Livraria Advogado Editora, 2010.
- BRASIL, Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez.
- BURICHEL, D. C. S. M. **ENTRE A REPROVAÇÃO E A PREVENÇÃO: a evolução da práxis da aplicação da pena e a delimitação da discricionariedade do juiz pelo método racional de equiparação hierárquica de circunstâncias judiciais**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, Recife, 2018.
- CHAUÍ, M. **Estado de natureza, contrato social, estado civil na filosofia de Hobbes, Locke e Rousseau**. São Paulo: ÁTICA, 2000.
- COSTA, R. B. P. **Efetividade do mínimo existencial, a luz da Constituição Federal de 1988**. Goiânia: Ed da PUC Goiás, 2011.
- DANTAS, M. C. **Direito Fundamental ao Máximo Existencial**. 2011. 536 f. Tese (Pós-graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011.
- DESLANDES, S. F. (org.) **Humanização dos cuidados em saúde: conceitos, dilemas e práticas**. Rio de Janeiro : Editora FIOCRUZ, 2006.
- FOUCAULT, M. **Vigiar e Punir: história da violência nas prisões**. 20º Ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1987.
- GRECO, E. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 20º Ed. Niterói, RJ: Impetus
- HOBBS, T. **Leviatã: ou a Matéria, Forma e Poder de uma República Eclesiástica e Civil**. 4ºEd. Martins Fontes, 2019.
- JULIÃO, E. F. Alfabetização e cidadania: **Revista de Educação de Jovens e Adultos**.— Brasília: RAAAB, UNESCO, Governo Japonês, Nº 19 — julho de 2006.
- KUNTZ, R. **Fundamentos da Teoria Política de Rousseau**. São Paulo: Almedina, 2019.
- LIMONGI, M. I. **Hobbes**. Rio Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2002
- MATTA, M. T. **A SANÇÃO PENAL ENTRE O CRIME E O POTENCIAL CRIMINOSO: UMA ABORDAGEM JURÍDICO-ECONÔMICA DA PENA**. Dissertação submetida ao Programa de Pós-Graduação em Economia da Faculdade de Ciências Econômicas da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. 125 páginas. 2008.
- MELLO, C. E. S. Fundamentos dos direitos humanos: dialética da recusa e aceitação dos direitos do homem. v. 1 n. 1 (2013): **Scientiam Juris** – Set, Out, Nov, Dez 2012, Jan, Fev 2013
- MORIN, E. Para além do Iluminismo. **Revista FACEMOS: mídia, cultura e tecnologia**. N 26, ABR, 2005, PP 24-28
- NODARI, P. C. **Ética, Direito e Política: A paz em Hobbes, Locke, Rousseau e Kant**. Editora Paulus: São Paulo, 2014.
- PIOVESAN, F. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

- PIOVESAN, F. **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos: Perspectivas Global e Regional**. São Paulo: RT/Coimbra, 2009.
- ROCHA, C. M., KRETZER, J., & KLOZOVSKI, M. L. (2012). Rousseau e o Estado Contemporâneo. **A Economia Em Revista – AERE**, 19(2), 165-174.
- SALLA, F. A. **As prisões em São Paulo: 1822 – 1940**. 1º Ed. São Paulo: Annablume/Fapesp, 1999.
- SANTOS, M. A. M. A RESSOCIALIZAÇÃO DO PRESO NO BRASIL E SUAS CONSEQUÊNCIAS PARA A SOCIEDADE. **Revista Científica do Departamento de Ciências Jurídicas, Políticas e Gerenciais do UNI-BH**. Belo Horizonte, vol. III, n. 1, jul-2010. ISSN: 1984-2716.
- SANTOS NETO, Arnaldo. A RESSOCIALIZAÇÃO NÃO COMO FINALIDADE DA PENA, MAS COMO INSTRUMENTO DE PREVENÇÃO NA EXECUÇÃO PENAL. **REVISTA DIREITO VIVO**, [S.l.], v. 10, n. 1, p. 149-165, june 2019. ISSN 1983-9855.
- SANTOS, Y. B. S; OLIVEIRA, E. G. O princípio da igualdade e a pessoa com deficiência. **Revista de Ciências Humanas**. v. 11, n. 2, p.434, 439 jul./dez. 2011.
- SARMENTO, D. **A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético Jurídicos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris; 2008.
- ROUSSEAU, J. J. **O Contrato Social**. 3º Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- SILVA, H. A. Iluminismo relutante de Jean Jacques Rousseau. **PHILÓSOPHOS**, GOIÂNIA, V.19, N. 1, P. 35-62, JAN./JUN. 2014.
- SILVA, J. C. C. Considerações Acerca da Função da Pena a partir de uma Abordagem Criminológica. **Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Fundinopi. Argumenta Journal Law** 9 (9), 103-119, 2008.
- STRECK, D. R. **Rousseau & a Educação**. 2º ed. Belo Horizonte: Autentica, 2008.
- VILLEY, M. **O direito e os direitos humanos**. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes – POD, 2016.