

# **IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI**

**CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL**

**GUSTAVO NORONHA DE AVILA**

**MATHEUS FELIPE DE CASTRO**

**AIRTO CHAVES JUNIOR**

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria - CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

**Diretora Executiva** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

**Vice-presidente Sudeste** - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

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

**Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

**Secretarias**

**Relações Institucionais:**

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

**Comunicação:**

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

**Relações Internacionais para o Continente Americano:**

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

**Relações Internacionais para os demais Continentes:**

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

**Eventos:**

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigner Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

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

---

C928

Criminologias e política criminal [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Aírto Chaves Junior; Gustavo Noronha de Avila; Matheus Felipe De Castro – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-427-3

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Constitucionalismo, desenvolvimento, sustentabilidade e smart cities.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Criminologias. 3. Política criminal. IV Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



## IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

### CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL

---

#### **Apresentação**

#### APRESENTAÇÃO

Na tarde do dia 11 de novembro de mais um ano pandêmico, tivemos a oportunidade de discutir uma série de trabalhos que desafiam leituras criminológicas e político-criminais importantes no atual contexto. Podemos dizer que foi traçado verdadeiro panorama das discussões mais relevantes, no campo da ciência criminal, em nosso país.

Não apenas foram apresentados contundentes interrogantes ao incremento dos sufocamentos às liberdades, como também tivemos trabalhos com perfil bastante propositivo. Esta é uma qualidade indispensável em tempos onde a academia é chamada para, cada vez mais e melhor, equacionar teoria e prática.

Existe a discussão de temas emergentes como as consequências da Covid-19 ao encarceramento, bitcoins e suas repercussões penais, além de temas relevantes da justiça penal negociada. Também foram tratadas questões persistentes política criminal de drogas, as (im)possibilidades de ressocialização enquanto fim de pena, além das leituras estruturais do sistema de justiça criminal.

A pesquisa de Erivaldo Cavalcanti e Silva Filho e Mayara Rayanne Oliveira de Almeida intitulada “O DESAFIO À RESSOCIALIZAÇÃO DO PSICOPATA CRIMINOSO E A NECESSIDADE DE AFASTÁ-LO DO CONVÍVIO EM SOCIEDADE” cuida da ressocialização do agente com características inerentes à psicopatia.

Por sua vez, André Pedrolli Serretti apresenta o trabalho de tema “AS ORIGENS FUNCIONAIS DO DIREITO PENAL NO INIMIGO - DA PERSPECTIVAVA SOCIOLÓGICA À CRIMINOLOGIA DE UM DIREITO PENAL FUNCIONAL”, a partir do qual procura apresentar o discurso político-criminal denominado Direito Penal do Inimigo, bem como os caminhos de uma possível compreensão da fundamentação material das medidas político-criminais nele fundadas.

André Martini, Tiago Eurico De Lacerda e Luiz Fernando Kazmierczak, no artigo “A DECADÊNCIA DE UM SISTEMA PENAL ULTRAPASSADO: REFLEXÕES ENTRE A HISTÓRIA, FILOSOFIA E O DIREITO”, procuram compreender as razões que levam o

Estado brasileiro a insistir em métodos punitivos alicerçados na ideia de castigo. Ao final, propõem a substituição dessas medidas por oportunidades educativas e de desenvolvimento de habilidades profissionais.

No trabalho intitulado “A FALÊNCIA DO DISCURSO DE LEGITIMAÇÃO DA PENA: ANÁLISE DAS VARIÁVEIS EMPREGADAS PARA JUSTIFICAR AS FINALIDADES DA PENA”, os autores Hamilton da Cunha Iribure Júnior, Rodrigo Pedroso Barbosa e Douglas de Moraes Silva buscam analisar as variáveis utilizadas para justificar as finalidades da pena.

As pesquisadoras Gisele Mendes De Carvalho e Fabrícia Abdala Cousin apresentam o estudo de tema “CONSIDERAÇÕES SOBRE A IMPORTÂNCIA DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA NO ESTUDO DA DOGMÁTICA PENAL”, a partir do qual objetivam realizar uma breve abordagem histórica a respeito das escolas criminológicas, bem como a evolução dos estudos no âmbito da criminologia até os dias atuais.

No campo do Processo Penal e com o trabalho “ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E SUA APLICABILIDADE NO CURSO DO PROCESSO”, Ana Clara Moreira Guilherme e Felipe Braga de Oliveira abordam a possibilidade do Acordo de Não Persecução Penal incidir nos processos que já se encontravam em tramitação quando da entrada em vigor da Lei 13.964/2019.

Os autores Fabiane Pereira Alves e Fabricio Carlos Zanin apresentam a pesquisa de tema “JUSTIÇA NEGOCIADA: O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL ENTRE O GARANTISMO E O EFICIENTISMO”. Nela, os pesquisadores analisam como o chamado acordo de não persecução penal, bem como a postura resolutiva e proativa do Ministério Público, podem proporcionar celeridade e eficiência ao Sistema Penal Brasileiro.

“A INFLUÊNCIA DOS BITCOINS NO MERCADO E O DIREITO PENAL ECONÔMICO” é o trabalho de autoria de Wagner Camargo Gouveia, Antonio Carlos da Ponte. Nele, os autores explicam como os bitcoins podem ser aplicados e correlacionados com o Direito Penal Econômico.

Em “A REVOLUÇÃO TECNOLÓGICA E OS DELITOS DIGITAIS: UMA ANÁLISE DA (IN) SUFICIÊNCIA LEGISLATIVA BRASILEIRA”, Camila Giovana Xavier de Oliveira Frazão, Ricardo Alexandre Lopes Assunção e Thainá Penha Pádua investigam os impactos da Revolução Tecnológica e como isso tem possibilitado um novo campo de estudo do Direito Penal, especialmente no que toca aos delitos praticados no âmbito da informática.

O artigo de Douglas De Oliveira Santos de tema “AS NOVAS PRÁTICAS CORPORATIVAS E O PROGRAMA DE COMPLIANCE, COMO INSTRUMENTOS EFICAZES DE PREVENÇÃO DA RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DA PESSOA JURÍDICA, SOB A ÓTICA DO BEM JURÍDICO AMBIENTAL” trata da normatização no Brasil por meio das Leis 12.846/2013 e 12683/2012 dos sistemas de autorregulação a serem implementados na atividade empresarial, dentre os quais se encontra o chamado compliance.

Na pesquisa intitulada “NOTAS SOBRE OS ESTUDOS DE VITIMIZAÇÃO NEGRA EM CHACINAS NO BRASIL”, Alexandre Julião da Silva Junior e Luanna Tomaz de Souza exploram os sentidos da morte de pessoas negras em chacinas praticadas em zonas periféricas do Brasil, bem como a contribuição de agentes públicos de segurança nesses episódios.

“A LIBERDADE DE INFORMAÇÃO E A DIGNIDADE HUMANA DO ACUSADO DE CRIME”, de autoria de Everson Carlos Nascimento Oliveira, procura ponderar o direito à liberdade de informação e o direito à preservação da imagem do indivíduo acusado da prática de crime, sobretudo, diante da superexposição sem qualquer critério da imagem dessas pessoas.

No artigo de tema “MENORES INFRATORES, ADOLESCENTES TRABALHADORES: O PAPEL DA MAGISTRATURA NO ENFRENTAMENTO AO TRABALHO INFANTIL NO TRÁFICO DE DROGAS”, as autoras Francesca Carminatti Pissaia e Marina Nogueira de Almeida abordam a problemática do envolvimento das crianças com o tráfico de drogas no Brasil. Reconhecem que se faz necessário uma mudança de paradigma de tratamento jurídico a esses menores quando alcançados pelas agências de repressão, sobretudo, diante do Princípio da Proteção Integral, constitucionalmente previsto.

No “CÔMPUTO EM DOBRO DO PERÍODO DE PRIVAÇÃO DE LIBERDADE EXECUTADO EM CONDIÇÕES ILÍCITAS”, Dani Rudnicki e Fábio Segala de Souza reconhecem que o Sistema Prisional Brasileiro, em grande medida, torna o cumprimento da pena um ato ilícito diante das violações de Direitos Humanos que lhe são próprios. Diante disso, sugerem a incidência de medidas compensatórias determinadas pela Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos (2018).

Em “HOMICÍDIOS E CONTROLE SOCIAL FORMAL: UMA ANÁLISE DO PROJETO MUTIRÃO REALIZADO NAS DELEGACIAS DE POLÍCIA EM SÃO LUÍS DO MARANHÃO”, os pesquisadores Claudio Alberto Gabriel Guimaraes, Marcio Aleandro Correia Teixeira e Marcio Dos Santos Rabelo realizam a análise do controle social formal pela via das cifras ocultas da criminalidade. O campo de verificação do fenômeno é o Estado

do Maranhão e se dá a partir do estudo empírico dos registros dos crimes de homicídio ocorridos na capital daquele

Estado entre os anos de 2017 a 2020.

Nas “PECULIARIDADES DO COMPLEXO PENITENCIÁRIO DE CANOAS”, Valdir Florisbal Jung e Dani Rudnicki propõem analisar, empiricamente, o funcionamento do Complexo Penitenciário Canoas, instalado na região metropolitana de Porto Alegre (RS), sob o ponto de vista de práticas que, em tese, a diferenciam de outras prisões brasileiras.

Por fim, o artigo intitulado “DIREITOS HUMANOS E CRIMINOLOGIA: APONTAMENTOS SOBRE AS POLÍTICAS PÚBLICAS NA ÁREA DA SAÚDE NO SISTEMA PENITENCIÁRIO EM MEIO À PANDEMIA COVID-19”, de autoria de Fábio Da Silva Santos e Caio César Sales Machado, procura demonstrar a forma como as Políticas Públicas em saúde no Sistema Penitenciário Brasileiro tem assegurado indicadores de cidadania e Direitos Humanos em meio a Pandemia do Covid-19.

Conforme se verifica, a qualidade dos textos apresentados nos traz esperança de que o atual quadro político-criminal, cada vez mais voltado ao aumento quantitativo e qualitativo das punições, possa ser revertido. Espaços de resistência estão sendo construídos e este fenômeno, revelam as nossas discussões, é de abrangência nacional e, principalmente, perene.

Por esses motivos, os artigos apresentados a este Grupo de Trabalho constituem importantíssimas ferramentas para a conclusão de necessária retração do poder punitivo e desenvolvimento de soluções efetivamente humanizadas.

Desejamos a você uma excelente leitura e que este seja apenas o ponto de partida dos qualificados debates que seguirão.

Espaço Virtual, 11 de novembro de 2021.

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UFSC/Unoesc)

Prof. Dr. Airto Chaves Júnior (UNIVALI)

Prof. Dr. Gustavo Noronha de Ávila (PUCPR/Unicesumar)

**A FALÊNCIA DO DISCURSO DE LEGITIMAÇÃO DA PENA: ANÁLISE DAS VARIÁVEIS EMPREGADAS PARA JUSTIFICAR AS FINALIDADES DA PENA**  
**THE FAILURE OF THE PUNISHMENT LEGITIMATION SPEECH: ANALYSIS OF THE EMPLOYED VARIABLES TO JUSTIFY THE PURPOSES OF THE PUNISHMENT**

**Hamilton da Cunha Iribure Júnior <sup>1</sup>**

**Rodrigo Pedrosa Barbosa <sup>2</sup>**

**Douglas de Moraes Silva <sup>3</sup>**

**Resumo**

O presente artigo tem por objetivo principal analisar as variáveis utilizadas para justificar as finalidades da pena. Para tanto, emprega a metodologia analítica dedutiva, com inferência acerca da falência do discurso que legitima a pena, por não prevenir nem retribuir o injusto penal causado. O descompasso entre a força normativa que impõe a pena e a realidade do seu cumprimento nos revela a insuficiência das teorias que sustentam suas finalidades na atualidade.

**Palavras-chave:** Pena, Legitimação, Finalidades, Falência, Variáveis

**Abstract/Resumen/Résumé**

The main purpose of this article is to analyze the variables used to justify the purposes of punishment. It employs the deductive analytical methodology, with inference about the failure of the discourse that legitimizes the penalty, for not preventing nor retributing the criminal injustice caused. The gap between the normative force that imposes the punishment and the reality of its fulfillment reveals the insufficiency of the theories that support its purposes today.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Punishment, Legitimation, Purposes, Collapse, Variables

---

<sup>1</sup> Doutor e Mestre em Direito pela PUC/SP. Docente da Graduação e do PPGD, da Faculdade de Direito do Sul de Minas. Líder Científico do Grupo Pesquisas CNPq SAPERE AUDE. Advogado.

<sup>2</sup> Mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas. Integrante do Grupo de Pesquisas CNPq SAPERE AUDE. Professor Universitário. Advogado. Consultor Jurídico e parecerista.

<sup>3</sup> Bacharelado em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas. Integrante do Grupo de Pesquisas CNPq SAPERE AUDE. Historiador Arquivo Nacional. Coordenador do Grupo Resgate Histórico de Bueno Brandão /MG.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto central de pesquisa a sanção penal, na modalidade da pena, aplicada a partir do *ius puniendi* estatal. A problemática centraliza-se na intrigante e desafiadora questão de analisar as finalidades da pena, sob a ótica de uma inversão de valores, produzida por uma sociedade que se “desenvolveu” em critérios apriorísticos que levam em conta cada vez menos o lado “retributivo” e cada vez mais o perfil da “vingança” e, nesse contexto, concluir se é possível atestar acerca dessa inversão de valores.

Para que haja êxito possível nessa investigação científica, adota-se a metodologia pautada na análise qualitativa, realizada em pauta de aferição de documentação histórica, normativa e jurisprudencial, a partir da técnica de abordagem de aferição-inferência, para que se conclua, derradeiramente, com o primor e a segurança necessários para a edificação em prol da ciência jurídica.

À guisa preambular, anota-se que, em maio de 2008, em seu voto como relatora da Ação Direta de Inconstitucionalidade STF n. 2.649, a ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, afirmou que o preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, “*contém a explicitação dos valores que dominam a obra constitucional de 1988*”. E, nessa toada, destacou que:

não apenas o Estado haverá de ser convocado para formular as políticas públicas que podem conduzir ao bem-estar, à igualdade e à justiça, mas a sociedade haverá de se organizar segundo aqueles valores, a fim de que se firme como uma comunidade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...) (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade*. ADI n. 2.649. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Brasília, 8 de maio de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=555517&codigoClasse=504&numero=2649&siglaRecurso=&classe=ADI>>. Acesso em: 28 out. 2021).

Portanto, ainda que o preâmbulo da Constituição da República de 1988 não possua força normativa (ADI n. 2.076, Rel. Min. Carlos Veloso, em 18/08/2002), possui “força guia”, sendo um norte de valores que conduzem o legislador no seu ofício e orientam os intérpretes quando da aplicação do texto legal.

Reitera-se que nenhuma Carta Política se origina de um vácuo histórico-institucional. Ao contrário, opera como uma “Declaração de Missão”, ferramenta que se popularizou nos anos de 1990 no mundo empresarial. Entre estes valores, se encontram os direitos sociais e a justiça, como valores supremos. E, dentro do Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar estes direitos, encontramos o Direito Penal e, neste, a pena que, assim, deve ser lida e compreendida no contexto dessa declaração de missão.



Para melhor compreender a pena, primeiro é necessário analisar seu papel histórico e suas finalidades ao longo do tempo. Em seguida, compreender as finalidades da pena conforme definidas no discurso do Direito Penal pátrio e se este discurso está condizente com a realidade ou, não estando, o quanto se distancia desta. Por último, a partir da realidade, reconstruir o discurso da pena baseado nas suas finalidades observadas, buscando reanalisar o caminho para se atingir as finalidades propostas, sem o pressuposto de que eles são alcançados através da pena.

A presente pesquisa se motiva pela constatação de que o discurso de finalidade da pena se baseia em pressupostos gerais e específicos que pressupõem que tais finalidades podem ser alcançadas e, existindo dentro de um ordenamento jurídico em cujo ápice se encontra a constituição, é compatível com esta. Porém, do ponto de vista prático, estas finalidades, ou o resultado destas, não é alcançado.

Em sede derradeira de notas preliminares, informa-se que se adota, como fio condutor e principal referencial teórico para o desenvolvimento do pensamento que aqui se deita em tinta, o pensamento de Raúl Eugenio Zaffaroni, o qual, em décadas a fio de intensos trabalhos científicos, perfila seus estudos no entorno da sanção penal e suas implicâncias históricas na sociedade em desenvolvimento.

## **2. A SANÇÃO PENAL CONTEMPLADA PELO OLHAR HISTÓRICO**

A busca pelo que se chama de fim social da pena, ou finalidade da pena, ou até mesmo sua justificação pelo tempo é complexa e em unanimidade doutrinária controversia positiva e negativamente. Não é um trabalho simples ou uma abordagem que possa ser resumida em breves linhas ou apontamentos. Ao contrário, sua análise ao longo da História nos remeteria a balizas muito distantes, podendo, numa digressão mais aguda, atingirmos a sanção imposta no Éden. Contudo, para fins do que aqui se propõe, avançaremos a épocas não tão distantes da atualidade.

Os críticos das penas em *stricto sensu* – aquelas específicas do direito penal institucionalizado – carregam em suas fundamentações todo o arcabouço ideológico que cerca o assunto, das manutenções de poderes dominantes às conspirações que o cercam. É importante observar que de modo complementar, aqueles que defendem a institucionalização das penas e as fundamentam em caráter positivo, trazem consigo ideias de necessidade nos moldes de um utilitarismo típico da modernidade, mas que se mostra uma tipicidade necessária.

Mesmo que idealmente possamos imaginar um contexto cultural onde as penas em um sentido amplo não são necessárias, racionalmente, o meio social é tendente ao conflito e é mister que onde existe relações sociais existe poder, e toda relação de poder tende ao conflito de interesses – a pena em sentido estrito é a materialização do controle social pelo direito penal. Dos modelos teorizados de pena, se extraem formas de pacificação de conflitos, materializados em penas que vão da autocomposição às sanções corporais

Buscar uma justificação do poder coercitivo do Estado que se aproxime da realidade que cerca um contexto de modernidade tardia, no entanto, é necessariamente buscar um horizonte que projete um direito penal voltado à proteção de bens jurídicos fundamentais. Se restringindo a isso, o direito penal é direcionando ao minimalismo, e as formas de pacificação e solução dos conflitos diversas da tutela jurídico-penal são priorizadas e postas à frente do castigo excludente, a pena corporal.

O cárcere sempre existiu na história da humanidade. Inicialmente era destinado à guarda de escravos e dos prisioneiros de guerra. Com o surgimento das primeiras ordenações e dos antigos sistemas jurídicos o cárcere passou também a ser utilizado como local para segregação do infrator que aguardava o julgamento, uma medida cautelar ou que cumpria a punição que lhe era imposta.

Justifica-se pela “*própria origem do vocábulo cadeia, que vem do latim ‘catena, al’.* Era o grilhão, o elo, o anel, a algema, a argola, a grilheta que servia para ligar [...]. Disso resulta que a prisão surgiu mais como medida cautelar do que como pena” (CAMPOS, 1982, p. 66).

O modelo de prisão como é conhecido atualmente teve, no entanto, sua primeira concepção entre os séculos XVI e XVII, a pedido do clero e da nobreza europeia, devido à mendicância que povoava as ruas das principais cidades daquele continente. A Igreja Católica, nessa época, utilizou do sistema também para punir religiosos infratores e fazê-los, pela reclusão, purgar seus pecados.

Com os grandes movimentos sociais surgidos na Europa, principalmente na segunda metade do século XVIII e após o advento da Revolução Francesa, a natureza do cárcere começou a ser modificada. Paulatinamente passou a ser implantada uma nova sistemática que se baseava na noção da restrição à liberdade do indivíduo com tempo determinado, aplicando-se regras rígidas e um sistema de controle pautado na disciplina.

Nesse sentido, em relação a esse sistema “o *Panóptico* de BENTHAM” é a figura arquitetural dessa composição. O Panóptico funciona como uma espécie de laboratório de poder para verificar-se a aplicação e efetivo cumprimento da sanção penal. Graças a seus mecanismos

de observação, “*ganha em eficácia e em capacidade de penetração no comportamento dos homens; um aumento de saber vem se implantar em todas as frentes do poder, descobrindo objetos que devem ser conhecidos em todas as superfícies onde este se exerça*” (FOUCAULT, 2004, p. 167-169).

Iniciava a fase da aplicação da prisão para fins de segregação social com vistas à recuperação do infrator possibilitando um engajamento futuro no convívio do qual fora afastado temporariamente. Foi grande a influência e participação da Igreja nesse processo de ressocialização.

Os sistemas prisionais, aos poucos, foram transferidos para o domínio do Estado e dos grandes grupos dominantes. No Brasil, desde 1551, verificou-se a utilização das primeiras instalações destinadas ao cárcere, situadas no térreo da Câmara Municipal da cidade de Salvador.

Mais tarde as prisões foram também construídas nas bases militares e nas fortificações. Contudo, tais instalações ganharam destaque com a introdução da pena privativa de liberdade, pelo Código Criminal do Império, em 1830, fazendo com que houvesse uma limitação dos crimes cuja condenação comportaria a pena de morte (DOTTI, 1998, p. 51-55).

Com o advento da República as penas de morte à força e os trabalhos forçados nas galés foram suprimidas do ordenamento brasileiro. Com o advento do Código Penal dos Estados Unidos do Brasil (Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890 – *Promulga o Código Penal* –, continha 412 artigos e, no seu Livro I, disciplinava sobre os crimes e as penas), várias regras voltadas para a execução penal foram instituídas, além da limitação do patamar máximo para as penas privativas de liberdade a trinta anos de constrição.

Advêm da era VARGAS o Código Penal (Decreto-lei n. 2.848/1940) e o Código de Processo Penal (Decreto-lei n. 3.689/1941). À luz do primeiro foram estabelecidas duas modalidades de penas privativas de liberdade relativas à prisão oriunda de condenação, que são: a reclusão e a detenção.

No âmbito da codificação de processo penal, regulamentou-se a temática da prisão cautelar e provisória, ou seja, antes do trânsito em julgado de uma decisão condenatória. A matéria referente à execução penal foi disciplinada pela Lei de Execuções Penais – LEP (Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984).

À guisa desse resgate histórico, pode-se sustentar, com segurança, os cinco dos principais *modelos decisórios* adotados na manutenção do poder institucionalizado de solução de conflitos, sejam eles vistos de modo crítico ou acrítico no que diz respeito à eficácia das

soluções que deles serão extraídas, ainda são estes os principais modelos observados na lógica do controle social.

São eles, doravante: o modelo reparador, o modelo conciliador, o corretivo, o terapêutico e o modelo *punitivo sancionador* – aquele que, especificamente, comina uma *pena* em sentido à imposição de dor corporal e de que se trata mais profundamente esta reflexão (ZAFFARONI, 2011, p. 87).

### **3. DA APLICAÇÃO DA PENA NUM VIÉS LIBERAL DESAGUANDO EM SUA VERTENTE SOCIAL**

Partindo do contexto político europeu do início do século XIX, com o objetivo de remontar às raízes das justificações jurídico-filosóficas das penas em terras contemporâneas brasileiras, se observará um processo de mitigação e humanização que enfrentará o problema do como punir, em razão, dentre outros fatores, do caráter vingativo que equivocadamente se esperou e ainda se espera da pena. Um apenado sem nada a perder – senão a vida – é um apenado sem objeto de efetiva vingança por parte de uma sociedade sedenta por justiça.

O processo de mitigação das penas trouxe o problema da falta de bem pessoal passível de vingança, já que não eram mais toleráveis e úteis, em uma sociedade em pleno desenvolvimento racional e industrial, os suplícios, as mutilações, ou o cerceamento da vida. A liberdade, como um triunfo da modernidade, foi posta mais ao centro da punição; do cárcere, um método notadamente antigo, se buscou justificar uma nova necessidade – agora racional, nos moldes do Iluminismo Penal.

Com olhar voltado para esse contexto, inegavelmente, se indexa a necessidade da aplicação de uma sanção penal a um contexto de “vantagem” a ser retirada dessa situação. Logicamente que não de modo explícito, eis que poderia subverter a própria justificativa da pena, mas por um sutil ângulo em que seria interessante (e justificável) sob o ponto de vista de uma “necessidade social”. Tal se confirma no sentido de que para isso:

(...) é preciso que o castigo seja achado não só natural, mas interessante; é preciso que cada um possa ler nele sua própria vantagem. Que não haja mais essas penas ostensivas, mas inúteis. Que também cessem as penas secretas; mas que os castigos possam ser vistos como uma retribuição que o culpado faz a cada um de seus concidadãos pelo crime com que lesou a todos, com penas “continuamente apresentadas aos olhos dos cidadãos”, e “evidenciem a utilidade pública dos movimentos comuns e particulares” (FOUCAULT, 2004, p. 107).

Das novas justificações, os modelos que preconizam a reparação, a correção e a terapia foram expostas posteriormente por Foucault (2004, p. 134):

- i. como um esquema de docilidade no sentido de adestramento dos sujeitos;
- ii. como o modelo conciliador será praticamente ignorado no âmbito penal até meados do século XX e
- iii. o modelo punitivo sancionador, mesmo após o processo de mitigação das penas, ainda será utilizado em grandes escalas, porque dele se extrai a principal forma de exclusão daqueles que não se adequam ao modelo ideal de homem, porque dele a vingança se justifica e se materializa na exclusão pelo cárcere do doente, do diferente, do indócil, do inutilizável para a mão de obra da sociedade capitalista.

O contexto que inaugura a Modernidade Liberal é aquele de libertação do poder monárquico. Com a lógica que se sucede ao medievo, os homens livres e donos de seus próprios corpos eram dotados de racionalidade e conseqüentemente responsáveis por si mesmos – não que essa justificativa não fosse utilizada para os suplícios, nesse novo contexto a liberdade e racionalidade era toda a fundamentação necessária.

Toda a aplicação das penas se resume às deformidades bioantropológicas dos sujeitos (BARATTA, 2011, p. 40) e à defesa do pacto social contra as insurgências da vontade delituosa dos homens livres, ironicamente.

Com a evolução dos paradigmas políticos, diante do fracasso da economia liberal e até mesmo de suas críticas mais extremas, o Estado que pretendeu apenas policiar o cidadão, com a mínima intervenção, agora se compromete ao auxílio das nações soberanas formadas pelas pessoas livres. O Estado de Direito em contraposição ao Estado Liberal precisou, diante das insurgências demandantes de direitos que equilibrassem as desigualdades de fato (BILLIER; MARYIOLI, 2005, p. 152), se fundamentar intrinsecamente em novos conceitos também no que diz respeito à aplicação do cárcere e sua justificação.

O conceito de retribuição ressurgiu reformulado daquele extremo verificado na teoria kantiana. Somente as formulações do ideal de se que valeram a modernidade não foram o suficiente diante das demandas: uma espécie de neo-retribucionismo (ZAFFARONI, 2011, p. 141) surge e se mantém no centro das fundamentações penais contemporâneas.

A retribuição em seu sentido mais primário diz a pena como uma compensação paga pelo infrator ao projeto social que transgrediu. Conceber tal conceito contemporaneamente é um equívoco que concede ao poder estatal legitimidade para a punição desenfreada e seletiva da qual tomamos parte. O discurso que seguiu o sentido do Estado Intervencionista acrítico usou do equívoco semântico que a palavra retribuição permite.

Como dito anteriormente, a busca pela teoria que melhor se adequa à realidade de um país periférico é complexa. Mesmo àquelas que teorizam a junção de várias teorias encontram dificuldades de sequer pretender a correção empírica do modelo contemporâneo brasileiro. Em território brasileiro se pratica o direito penal do autor – aquele próprio da filosofia da consciência que projetou a modernidade – tendo a criminologia crítica que protagonizar o papel de produzir uma teoria da pena própria para um contexto tão anacrônico e singular como este.

De certo, o equívoco semântico que cerca a teoria da retribuição se permeou como uma ideia de controle eficaz, mas, para além do simples equívoco, existe uma crise em toda a fundamentação jurídico-penal brasileira. Sem a superação dessa crise, sequer é possível contemplar o horizonte que foi apresentado aos países que adotam em suas políticas criminais a ideia de bem-estar social como anterior a toda e qualquer prática.

#### **4. O CONTEMPORÂNEO DISCURSO DAS FINALIDADES DA PENA**

Detectar conceituações e extratos sobre as finalidades da pena se torna algo muito comum, hodiernamente, em livros e manuais de Direito Penal e Criminologia. É fato que a preocupação sempre foi aplicar uma “definição” acerca dos valores e finalidades que cercam a pena na atualidade. Aí surgiram as teorias da retribuição, da ressocialização, do aspecto pedagógico da pena, por exemplo.

Ousa-se generalizar a ponto de atestar-se que todo manual de direito penal (com as devidas críticas as funções dos manuais) irá trazer definições. Indo além do Manual, para o Manual Esquematizado, encontra-se relatos que atestam que para a “*teoria absoluta, a finalidade da pena é retributiva. Por sua vez, para a teoria relativa, os fins da pena são estritamente preventivos. E, finalmente, para a teoria mista ou unificadora, a pena tem dupla finalidade: retributiva e preventiva*” (MASSON, 2021, item 32.4). Na mesma obra, logo após, é indicado de forma incontroversa que o Código Penal, em seu artigo 59, *caput*, adota a teoria mista, com sua dupla função: retributiva e preventiva.

A finalidade retributiva da pena é de fácil compreensão, e está ligada à própria origem do instituto, que se inicia com a vingança. Inicialmente privada, a vingança evoluiu, chegando à fase da vingança pública.

O Código de Hamurabi, que representou um grande avanço para sua época, previa penas como a remoção de olhos. O código mosaico, hoje facilmente observável na Bíblia Cristã, prevê o “*olho por olho e o dente por dente*” (FERNANDES; FERNANDES, 2002, p. 650).

No ordenamento pátrio, apesar do Código Penal não se vale diretamente da palavra “retribuição”, ainda é claro esta finalidade estar presente. Primeiramente, no próprio *caput* do artigo 59, do Código Penal, o qual, junto à prevenção, indica a reprovação como função da pena.

Concomitante, a Exposição de Motivos da Lei n. 7.209, de 11/07/1984, ao se referir as mudanças no instituto da pena de multa, justifica tal mudança por sua força retributiva ter se tornado ineficaz no Brasil. No mesmo documento fala-se também em uma política criminal orientada à proteção da sociedade, novamente indicando o discurso de dupla função, retributiva e preventiva.

Compreender o papel da função retributiva não se prova exercício complexo. Especialmente quando tantas decisões são fundamentadas no sentimento de impunidade ou sentimento de justiça. Fundamentações como “[a] substituição da pena ou mesmo a alteração do regime de cumprimento geraria sentimento de impunidade” (Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação*. Apropriação indébita. *Apelação* número 0000155-05.2011.8.26.0491. 3ª. Câmara de Direito Criminal, São Paulo, SP, 21 de fevereiro de 2017. Relator: Ruy Alberto Leme Cavaleiro).

E, muitas vezes, mesmo quando favoráveis ao apenado, a mesma finalidade é utilizada, como afirmar que “é possível manter em liberdade pessoas que não representam perigo à sociedade, sem comprometer o ideário da segurança ou agravar o sentimento de impunidade” (Supremo Tribunal Federal. *Processual Penal. Medida Cautelar no Habeas Corpus*. Habeas Corpus n. 140.089. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 10 de fevereiro de 2017).

Inexoravelmente, uma pintura que retrata uma definição mais precisa acerca da função retributiva da pena o faz como uma compensação do mal causado pelo crime, decorrente de uma exigência de justiça, “o sentimento de justiça dos cidadãos” (Supremo Tribunal Federal. *Processual Penal. Habeas Corpus*. Habeas Corpus n. 135.711. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 24 de outubro de 2016), por exemplo, punição pela transgressão ou até mesmo para a expiação do agente.

A finalidade retributiva da pena é, ainda, frequente e diretamente utilizada na fundamentação de decisões. Não se pode deixar de destacar o julgamento do Recurso Extraordinário n. 552.545/STF, no tocante à desclassificação de crime de latrocínio para homicídio, onde se tem por fundamento lógico-jurídico o que indica que:

4. Era perfeitamente compatível com a Constituição Federal a vedação da progressão do regime de cumprimento da pena quando da condenação por prática de crime hediondo ou a ele equiparado. Daí a consideração de que o tema referente ao regime

de cumprimento da pena corporal se. Daí a consideração de que o tema referente ao regime de cumprimento da pena corporal ser apenas um dos aspectos relativos à execução penal, perfeitamente adequado à realidade dos crimes reputados mais danosos à sociedade, em postura normativa perfeitamente coerente com a finalidade retributiva da pena (Supremo Tribunal Federal. Direito Processual Penal. *Recurso Extraordinário*. Desclassificação de Crime de Latrocínio para Homicídio (Recurso Extraordinário n. 552.454. Relatora: Min. Ellen Gracie. Brasília, 14 de outubro de 2008. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=564103>>. Acesso em: 28/09/2021).

Em outra via, tem-se a função preventiva da pena, dividida em prevenção geral e prevenção especial e, mais profundamente, prevenção geral negativa e positiva, e prevenção especial negativa e positiva. Entende-se todas as funções manifestadamente atribuídas à pena como variantes do discurso de defesa social (ZAFFARONI, 2011, p. 114). Conforme mencionado alhures, a própria Exposição de Motivos do Código Penal indica uma política criminal orientada no sentido de proteger a sociedade.

Além da menção à prevenção no artigo 59, *caput*, do Código Penal, o discurso de prevenção também é facilmente observado nos artigos 10, *caput* e 22 da Lei de Execução Penal que referenciam, respectivamente, a prevenção geral (o objetivo de prevenir o crime) e a prevenção especial (o objetivo de preparar o preso para o retorno à liberdade). O Ministro Carlos Ayres Brito, no julgamento do Habeas Corpus n. 91.874/STF, apresenta claro a dicotomia retribuição/prevenção da pena: “Um regime necessariamente concebido para fazer da efetiva constrição da liberdade topográfica de ir e vir um mecanismo tão eficiente no plano do castigo mesmo quanto no aspecto regenerador que a ela é consubstancial” (Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*. Habeas Corpus n. 91.874. Relator: Min. Carlos Brito. Brasília, 31 de agosto de 2007).

A separação de prevenção geral e especial se dá quanto ao objeto da prevenção. Enquanto a prevenção especial foca na pessoa do apenado, a prevenção geral busca atuar na sociedade como um todo.

A prevenção geral busca atuar sobre todos, especialmente aqueles que não delinquiram, enquanto a especial sobre aqueles que delinquiram. Suas vertentes negativas buscam dissuadir o comportamento indesejado, com a pena servindo de um exemplo do que acontece com os que delinquem, enquanto as vertentes positivas buscam reforçar valores éticos e morais e, até mesmo, reforçar a confiança da sociedade no sistema (ZAFFARONI, 2011, p. 115-116).

Destarte, estas atribuições de funções derivam de um discurso de defesa social, surgido contemporaneamente à revolução burguesa, surgindo como ideologia que veio, fundamentada em princípios ainda hoje utilizados para fundamentar a pena e legitimar o direito penal. Dentre



os princípios desta ideologia é possível identificar o princípio da finalidade ou da prevenção, no talante de que:

a pena não tem, ou não tem somente, a função de retribuir, mas a de prevenir o crime. Como sanção abstratamente prevista pela lei, tem a função de criar uma justa e adequada contramotivação ao comportamento criminoso. Como sanção concreta, exerce a função de ressocializar o delinquente (BARATTA, 2011, p. 42).

A semelhança entre o princípio indicado e a fundamentação da pena, por suas finalidades, no Direito Penal pátrio não é coincidência, deixando claro que o mesmo se fundamenta essencialmente no mesmo discurso, minimamente alterado, do século XVIII. Tal origem é inegável.

A ideologia da defesa social vai, entretanto, além do princípio da prevenção. Os princípios da legitimidade e da igualdade são as bases de uma matriz liberal burguesa. O princípio da culpabilidade se relaciona com a volição humana, uma atitude interior reprovável que contraria valores da sociedade.

O delito sendo um dano para a sociedade, com o delinquente como elemento disfuncional, é preconizado no princípio do bem e do mal. E, ainda, no mesmo eixo, o princípio do interesse social e do delito natural indica que os valores protegidos pelo direito penal são essenciais à existência de toda sociedade (BARATTA, 2011, p. 42).

Como se pode notar, independente do lapso temporal e das mudanças sociais, os princípios da ideologia da defesa social descrevem perfeitamente o discurso do direito penal pátrio, em quase sua totalidade. Faz-se, entretanto, uma devida ressalva da (tentativa) de desconexão da proteção penal de valores, que (supostamente) saem da fundamentação moral (ética, religiosa etc.) para o campo do conceitual do bem jurídico, ora ditos fundamentais, que fundamentam o atual direito penal (ISHIDA, 2017, p. 19).

## **5. ARGUINDO UMA (SUPOSTA) FALÊNCIA DO DISCURSO E A (PRETENSA) CRISE DAS FINALIDADES COSTUMEIRAMENTE ATRIBUÍDAS À PENA**

Beccaria é considerado como uma das pessoas que movimentou o pórtico da questão da finalidade da pena e a sua gradação em escala de proporcionalidade para a pauta da consideração humana. A esse trunfo partem diversos pensamentos no sentido de buscarem justificativas (como se fosse necessárias, além do óbvio) para que se alcance uma (ou algumas) finalidade(s) para a sanção penal. Mas, qualquer tentativa de deslocar a questão para fora do sentido “humano”, se perde em devaneios e vãs teorias.

E é comum associar-se a ruína da aplicação da sanção penal com o despreparo da sua concretização, na prática verdadeira do que não se deveria tornar (mas, tornou-se) o cumprimento da sanção penal, eis que aí se extrai o principal sentido para a finalidade da pena. Nesse sentido a pauta de que:

(...) à proporção em que as penas forem mais suaves, quando as prisões deixarem de ser a horrível mansão do desespero e da fome, quando a piedade e a humanidade adentrarem as celas, quando, finalmente, os executores implacáveis dos rigores da justiça abrirem os corações à compaixão, as leis poderão satisfazer-se com provas mais fracas para pedirem a prisão (BECCARIA, 1995, p. 21).

A ideia da finalidade retributiva da pena é consolidada e, independente de merecer ou não críticas, coerente no discurso e na prática do direito penal pátrio. Encontra-se na codificação legal, nas fundamentações das decisões, na doutrina e até mesmo no discurso político.

Do topo de seus palanques, candidatos urram que irão “acabar com a impunidade” e trazer uma “sensação de justiça” para seus eleitores. Ao passo que doutrinadores e juristas irão explicar a retribuição como consequência do monopólio punitivo do Estado, que chamou para si a vingança privada, algo, se não correto em outros sentidos, ao menos historicamente apurado.

Se definir-se crise como um afastamento entre o discurso e a prática (e assim, quando maior o afastamento, maior a crise), ou mesmo como um hiato e crise de paradigma entre o Direito e a sociedade (STRECK, 1999, p. 15), não há de se falar em uma crise da finalidade retributiva da pena ou, se presente, de uma significativa crise.

Retribui-se o mal, e se confessa está-lo fazendo. Pode-se questionar o papel dos Direitos Humanos, e mesmo da Constituição (não existe pena de “banho gelado”, porém instalar água quente para detentos é algo publicamente rejeitado). Porém, ao menos em um sentido geral, o discurso e a prática não se distanciam. O paradigma é cumprido e a crise, se presente, é tolerável.

Mas, lado a lado com a finalidade retributiva, tem-se a finalidade preventiva, localizada no âmago do discurso punitivo/penal/criminológico da ideologia da defesa social. Daí a plena razão na proporção que *“a pena não tem, ou não tem somente, a função de retribuir, mas a de prevenir o crime”* (BARATTA, 2011, p. 42).

E se não está prevenindo, não está sendo feito da maneira correta. Ou em quantidade suficiente. Pois a função preventiva é princípio, e se é princípio está no começo. Se é princípio, vem antes. E está certo, pois se fundamenta em um discurso racional. E se somos racionais, o discurso está certo. Se não coincide com a prática, o erro está na prática, e não no discurso. Ou,

então, na máxima de que se a teoria não coincide com os dados, descarte os dados e fique com a teoria (STRECK, 1999, p. 15), desnudando o problema da racionalização da fundamentação do Direito Penal como um todo.

Todavia, em uma visão crítica, a aceitação da prevenção como verdade ontológica não é algo que pode ser considerado sem maiores evidências. Clifford já abordava esta questão em 1876, quando afirmada que é sempre errado acreditar em algo sem evidências suficientes (CLIFFORD, 1876, p. 289-309).

Zaffaroni não economiza palavras, afirmando que não existe nenhuma fundamentação ou motivo para acreditar no discurso preventivo e que, ao contrário, dados sociais indicam que o poder punitivo tem efeito reprodutor e, assim, a pena se constrói fora de todo dado de realidade (ZAFFARONI, 1999, p. 56-71).

Mesmo os discursos tradicionais, que afirmam ser possível a prevenção através da pena, reconhecem que a forma de cumprimento da pena na maioria das prisões não contribui para a reeducação ou recuperação do preso, outrossim formando mestres e doutores em crimes, eis que *“a conclusão a que se chega é de lógica irretorquível: esse tipo de clausura funciona como forte fator de reincidência criminal, contribuindo vigorosamente para o aumento da criminalidade”* (FERNANDES; FERNANDES, 2002, p. 428-429).

Uma reincidência que é longe de ser a exceção. Em um discurso perante o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e a Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP), em 06 de setembro de 2011, o então presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Cezar Peluso, afirmou que a taxa de reincidência no Brasil chegava a 70%.

O modelo punitivo proposto pela ideologia da defesa social e adotado pelo Direito Penal pátrio, com seu discurso de função preventiva, foi incapaz de fornecer quaisquer dados que sustentem sequer a possibilidade de a função preventiva exercer, na realidade, efeitos concretos. Mais do que isso, estudos e dados sociais indicam que a pena privativa de liberdade é fator criminógeno (ZAFFARONI, 2002, p. 789).

Tal fenômeno, da pena enquanto fator criminógeno, é de relativa facilidade em compreensão. Além da tradicional *“especialização”* na prática de crimes, apontado alhures, a pena de prisão também representa uma desintegração social do apenado, com a desconexão do mesmo de seu trabalho, família e sociedade (SANTOS, 2005, p. 23). Em outras palavras, dessocializa-se sobre o pretexto de se ressocializar.

Muito além de uma crise do discurso e da falência da pena, observa-se uma falência total do discurso, com total desconexão com qualquer pretensão de realidade, em um fenômeno que se pode comparar com o da esquizofrenia (ZAFFARONI, 2001, p. 42).

## 6. PAPEIS INVERTIDOS: A TRAGÉDIA DA PENA DEFINIDA POR SUAS FINALIDADES E EFICIÊNCIA (ÀQUILO QUE SE PRESTA NA ATUALIDADE)

Em conformidade com o que até o presente se deitou, a finalidade da pena é controversa, e, neste ponto, a crítica à ideia de retribuição se faz necessária. A pena definida, justificada e praticada segundo suas finalidades encontra seu discurso fragilizado pela ação do tempo e da doutrina – que encontrou diversas outras explicações para o exercício do direito penal – e pela hipocrisia que cerca tal posicionamento.

Assumir a verdadeira identidade da pena, materializada em seu discurso, é o caminho para se afastar de uma prática não condizente, sendo o passo derradeiro para a adequação do que se verifica no mundo concreto contemporâneo brasileiro. É uma sequência lógica. Explicamos:

A pena, como é discursada, se fundamentando segundo suas finalidades de prevenção, retribuição e até mesmo de ressocialização, é uma inutilização do papel constitucional que foi atribuído ao sistema punitivo.

Mais adequado é a utilização do discurso da justificação de proteção aos bens jurídicos – que ainda assim receberá críticas e, guardadas as devidas proporções, serão cabíveis. Em contrapartida insistimos no discurso desvirtuado e desatualizado, que remete à modernidade penal, da finalidade voltada aos sujeitos e não ao fato penal.

Não obstante, a realidade como é, concretamente exige a contextualização desse discurso, para que não haja a dita “*esquizofrenização*” (ZAFFARONI; BATISTA, 2011, p. 273), ou a “*ficcionalização*” (STRECK, 2014, p. 101) do mundo e do saber jurídico, em potencial relativo ao que se presta o discurso que tenta justificar tal demanda.

Quando se trata especificamente do discurso da finalidade retributiva, para além do problema semântico apontado anteriormente, apresenta-se o problema de legitimação da intervenção estatal e seus limites.

Demonstra-se que um conceito tão aberto provoca um empoderamento descontrolado do Estado no que diz respeito à proteção dos bens jurídicos, legitima-se um discurso diverso ao constitucional e se pratica algo inominável e ainda mais reverberado. E assim, entoados por esse ímpeto é que se tem:

(...) o produto resgatável da suposta retribuição, entendida como *princípio regulador*, pode ser preferentemente chamado de *princípio da mínima proporcionalidade da intervenção punitiva*, considerando-o um dos limites aos quais deve subordinar-se o

exercício do poder punitivo, não por derivação de alguma natureza nem função retributiva da pena, e sim pela necessidade de conter a irracionalidade do poder (ZAFFARONI; BATISTA, 2011, p. 143).

Ao tomar o pensamento de Zaffaroni como um concreto pavimento, devidamente se assume o caráter artificial das penas, sendo elas puro exercício de poder contencioso para a proteção de bens jurídicos eleitos em detrimento àqueles que os violam.

Aqui, excepcionalmente contrário ao discurso da retribuição que segue do apenado à sociedade, a lógica demonstra que a pena deve seguir do Estado para a sociedade, em um sistema de contenção do poder punitivo. Em outras palavras, o discurso de legitimação da pena como retribuição nada mais é que legitimação de um possível poder punitivo dotado de descontrole.

A busca pelo Direito Penal norteado por finalidades desvinculadas da pena, ou seja, sem vislumbrar a pena como fim em si mesma, passa pela compreensão da adequada tutela dos bens juridicamente relevantes – juridicamente e penalmente relevantes: aqueles cuja natureza não permite solução nos ramos jurídicos diversos ao direito penal, precisando necessariamente se valer deste último instrumento racional.

Mas, como desenhar os limites de atuação do direito penal, ou, em outras palavras, como retirar do papel atribuído ao Estado, na figura do direito sancionador, tais limites? A pergunta é ambígua propositalmente. O desenho de atuação do direito penal já está estruturado em princípios constitucionais e se fundamenta na histórica política brasileira, não sendo necessário o seu desenho, mas tão somente uma interpretação.

Dessa lógica se extrai o exposto anteriormente: a crise no mundo concreto acontece quando se ignora o discurso adequado (desenho de atuação) e se adere ao discurso conveniente (conveniente para quem?). Dificilmente se achará uma solução que não passe pela conscientização do mundo jurídico, hoje absorto em senso comum, do papel constitucional na finalidade do direito penal e não na pena como fim, frisamos.

O direito, como meio de contenção, deve se utilizar de seu instrumento penal subsidiariamente a outros métodos – insistentemente batido na doutrina, o direito (especialmente o Criminal) como *última ratio*, a derradeira porta a ser aberta para a efetivação da aplicação de uma sanção, no caso, penal.

Para não ser um discurso vazio e sem aplicação prática, justamente o que se pretende combater, dizer o direito como *última ratio* é dizer que tal “*ratio*” é anteriormente definida, e, dentro das regras do jogo democrático, é possível sua aplicação eficiente e afastada do atraente

discurso anterior ao processo de mitigação das penas, que vê no fim da vida o fim dos problemas de criminalidade, por exemplo.

Ainda se reluta em preservar a visão de que o crime é algo presente no criminoso, é ontológico e irremediável senão por meio do cárcere; nesse sentido, crime jamais será visto como uma construção abstrata se afastando do estrutural-funcionalismo penal e de seu viés liberal burguês de preservação. Isso, pois,

(...) as teorias estrutural-funcionalistas estudaram os sistemas sociais sob o ponto de vista de sua estabilização e conservação. Isto as levou a um progressivo deslocamento de acento, da *subjetividade* de elementos singulares do sistema social (e, portanto, dos indivíduos, dos grupos, de suas necessidades e interesses) à sua função em face da existência e da estabilidade do sistema (BARATTA, 2011, p. 120).

A mitigação das penas é processo contínuo no tempo e desde seu impreciso início em termos históricos, portanto de arriscada definição, vem buscando penas cada vez menos corporais, enquanto se encarcera categoria seleta e de maneira violentamente satisfatória aos olhos comuns – nossa prática – que por sua vez é justificada e fortalecida por discursos maximalistas na contramão do discurso maior, aquele adotado na Constituição da República de 1988, no Brasil.

A crise, como se nota, assume diversas faces, diversos modos de ser, e sequer consegue-se imaginar um horizonte de uniformização dos discursos e das práticas – deixando claro, existe disparidade entre diversos discursos e diversas práticas.

A busca pelo fim independe da pena de que trata este título não diz respeito às teorias conflituais da criminalidade, que receberam reparos críticos ao longo do tempo. Na verdade, se busca uma uniformização substancialista (STRECK, 2014, p. 55) dos valores sociais, enquanto princípios jurídicos que devem nortear as políticas criminais de eleição de bens jurídicos tutelados pelo direito penal.

Aceitando inexistir outra forma de coibir infrações que violam diretamente quaisquer direitos de outros, ao menos é necessário que se faça uma contenção que fuja à barbárie do direito penal como é exercido contemporaneamente.

Ao menos sua justificação deve sair do discurso simplista de retribuição, para que se aceite que o direito penal só se exerce por imposição; e para que tal imposição se aproxime do constitucionalmente adequado, não é possível conceber mais justificações que dão vida ao crime como um ente existente em si mesmo, ou que conferem poder indiscriminado ao Estado.

Noutro giro, é preciso aceitar o caráter simbolicamente violento do direito penal, como impositor uniformizador para que se enxergue sua abstrata criação e imposição, visando

somente a proteção social, não em sentido amplo como já defendido pelas Escolas Modernas, mas em sentido à proteção de bens jurídicos específicos.

Dessa uniformização se retiram críticas proporcionais quanto aos interesses que formam a base de eleição de tais bens jurídicos. Aqueles detentores de maior representatividade e poder político certamente exercerão influência sobre os processos de criminalização de condutas.

Mas, como papel fundamental, a doutrina deve também se prontificar e também se uniformizar em sentido aos princípios constitucionais. A efetiva democracia, sem a existente crise de representatividade que cerca o contexto contemporâneo brasileiro, de modo inegociável, contribui para que o exercício desse poder seja devidamente descentralizado.

## **7. CONCLUSÃO**

Abordar a questão da sanção penal, especificamente no que toca às finalidades da pena, é tema por demais escarpado. Diversas teorias se assentaram ao longo da história e das diversas culturas jurídicas, sempre no sentido de justificar sua necessidade, seja pelo viés retributivo, seja pelo ressocializador. Todavia, as abordagens sempre escapam daquilo que verdadeiramente a legitima, tendo-se em vista uma sociedade cada vez mais vingativa e menos apegada a valores humanos.

Sem dúvida que os textos normativos apresentam alta carga valorativa da pena como uma retribuição necessária pelo que houve na ocorrência de um fato antijurídico, reprovável e culpável. Essa é a roupa que a nós se apresenta (e que convence a muitos). Nada se aventa acerca da alma do instituto, aquilo que verdadeiramente a justifica. Essa é a tônica que o presente ensaio se propõe a analisar, ou seja, sua problematização.

Trafegar somente naquilo que se debate em teoria é muito pouco para a grandiosidade do tema. Para isso, também se perquiriu por algumas seletas decisões obtidas em nossa Corte Maior. Essa é a metodologia que guia a presente investigação científica.

Se há acerto naquilo que admoesta Zaffaroni, então saída outra não há do que a identificação da pena a um movimento punitivista, calcado mais na ânsia da segregação social do indivíduo culpado, como forma de “passar recibo” à sociedade de que o Estado fez “aquilo que é correto”, sendo que o próprio Estado informa o “certo” e o “errado” e isso leva a concluir-se que nada há de “prevenção” na temática que orbita em relação à pena. A isso se identifica como a “esquizofrenização”. Essa é a base do marco teórico que aqui se alberga.

De “mansões do desespero e da fome” de Beccaria, os cárceres abrigam pessoas em quantidades cada vez maiores e em condições cada vez mais precárias, revelando a todos uma fotografia de que esse acúmulo de gente só tem contribuído para uma coisa: aumentar a criminalidade que se inicia no próprio cárcere. Nesse sentido a pena (especialmente a privativa de liberdade) tem prestado grande serviço para o incremento do lado degradante da raça humana, que sob os auspícios da “legitimação normativa” se mostra uma potente máquina condenatória.

Mas, afinal, há uma finalidade outra que não seja a de castigar? Um castigo necessário se torna a pena? Um degredo físico, moral e espiritual necessário para se reprovar o injusto penal? Onde estaria (se é que existe) o fio condutor que uniria, com legitimidade social, a verdadeira finalidade da pena ao mal praticado pelo fato penal?

Um problema milenar que não seria elucidado por um simples ensaio científico. O espírito verdadeiro de traçar linhas sobre esse delicado tema é despertar para um inafastável cenário real e que se mostra cada vez mais grandioso de que a pena não está resolvendo os problemas mais incontestes que ela se propõe no plano normativo. Não retribui o mal causado pela infração penal, muito menos apresenta efeito pedagógico social porque não previne de outros malefícios e mazelas penais.

Se há algum acerto, em sede derradeira de linhas estreitas, a sociedade contemporânea, nessa temática da pena, como sanção penal, está diante de um dos seus maiores desafios: aplicar uma reprimenda hábil, justa e eficaz que se proponha verdadeiramente a mudar o comportamento do ser humano infrator, de embutir em seu cognitivo a verdadeira razão de agir em conformidade às regras sociais, sem retroceder ao mal. É tão íngreme o caminho que se faz na mesma proporção de dificuldade que tem o religioso em solicitar ao indivíduo para não mais pecar porque o paraíso lhe aguarda.

## **8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BECCARIA, Cesare Bonecasa. *Dos delitos e das penas*. 11 ed. São Paulo: Hemus, 1995.

BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. *História da Filosofia do Direito*. Trad. de Maurício de Andrade. 1. ed. Barueri/SP: Manole, 2005.

CAMPOS, Romeu Pires de Campos. *Processo penal cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.



CLIFFORD, William Kingdon. The Ethics of Belief. *Contemporary Review*, London, v. 29. p. 289-309, 1876.

DOTTI, René Ariel. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. *Criminologia Integrada*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ISHIDA, Válter Kenji. *Bem Jurídico Penal Moderno*. Salvador, JusPodivm, 2017.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 42. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2004.

MASSON, Cleber. *Direito Penal Esquemático: Parte Geral*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2015. E-book. v. I.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica (e)m Crise*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio. *et al. Direito Penal Brasileiro – Teoria Geral do Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. v. I.

\_\_\_\_\_; BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro: teoria geral do Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. v. I.

\_\_\_\_\_. *Em busca das penas perdidas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

\_\_\_\_\_. La Culpabilidad em el Siglo XXI. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 28/1999, out./dez. p. 56-71. 1999.