

XXXII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO PAULO - SP

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL I

FERNANDO DE BRITO ALVES

GUSTAVO NORONHA DE AVILA

HUMBERTO BARRIONUEVO FABRETTI

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

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

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 - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Ednilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

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

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

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

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

Relações Internacionais para o Continente Americano:

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

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

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Educação Jurídica

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

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - SP

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - MS

Eventos:

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

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Comissão Especial

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UFRJ - RJ

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

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - MG

Prof. Dr. Rogério Borba - UNIFACVEST - SC

C928

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

Coordenadores: Fernando De Brito Alves, Gustavo Noronha de Avila, Humberto Barrioueuo Fabretti – Florianópolis: CONPEDI, 2025.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5274-348-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Os Caminhos Da Internacionalização E O Futuro Do Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Criminologias. 3. Política criminal. XXXII Congresso Nacional do CONPEDI São Paulo - SP (4: 2025 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XXXII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO PAULO - SP

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL I

Apresentação

Em uma bela tarde de primavera, realizamos a coordenação dos trabalhos do Grupo Criminologias e Política Criminal. Os trabalhamos evidenciaram importante avanço e amadurecimento das ideias discutidas neste GT.

Primeiramente, foram analisados o dos fundamentos para o (não) reconhecimento da violência praticada pelo Estado, por Thiago Allisson Cardoso De Jesus, Thiago França Sousa e Kamila Coutinho Silva. Os pesquisadores trabalharam, a partir de um estudo sistemático que envolveu teorias renomadas e análise de dados, com as expressões político-criminais desse fenômeno na realidade brasileira. Defenderam que, para além do discurso de um ente protetor, a violência estatal se revelou uma característica intrínseca ao sistema, e seu (não) reconhecimento constituiu uma estratégia deliberada para legitimar e perpetuar a violação de direitos fundamentais, como demonstraram os casos de letalidade policial e violência carcerária.

Na sequência, a discussão se voltou ao Protocolo de Julgamento com Perspectiva de Gênero como instrumento de efetivação dos direitos humanos das mulheres no Poder Judiciário, trabalho de autoria de Heloisa Helena Ramos Goncalves, Nena Mendes Castro Buceles e Thiago Allisson Cardoso De Jesus. Os pesquisadores realizaram uma análise crítica da ferramenta, contextualizando sua origem e objetivos frente a uma prática judicial marcada por estereótipos. Argumentaram que, apesar do potencial transformador da diretriz, sua aplicação efetiva exige mudanças estruturais e engajamento institucional para a consolidação de uma justiça mais equitativa.

Questão também abordada foi o do princípio *in dubio pro societate* no processo penal, analisado por Gregório Fogaça Carvalho dos Santos e Mauricio Moschen Silveira. Os pesquisadores investigaram a constitucionalidade de sua aplicação, confrontando o preceito com garantias como a presunção de inocência e o devido processo legal. Defenderam que o princípio, de linhagem fascista, distorce o sistema acusatório e infringe direitos fundamentais, revelando-se incompatível com o modelo constitucional vigente, apesar de sua aplicação prática no processo penal brasileiro.

A teoria da prevenção geral positiva, formulada por Günther Jakobs, foi o objeto de análise crítica de Ádria Luyse do Amaral Martins e Victor Augusto Silva de Medeiros. Foi

investigado como a teoria, ao ser aplicada em contextos de encarceramento em massa e seletividade penal como o brasileiro, legitima a violência estrutural. Concluíram que a formulação de Jakobs reforça o caráter simbólico do sofrimento e a seletividade do sistema penal, defendendo a adoção de um paradigma garantista e emancipatório.

Dando continuidade, a persistente questão abuso de autoridade na persecução penal brasileira foi analisado sob a ótica foucaultiana por Dani Rudnicki, Mauricio Moschen Silveira e Rafael Antochevis Möller. Os autores investigaram como o fenômeno se configura não como desvio pontual, mas como parte estrutural das relações de poder do sistema penal. Apresentam como hipótese que a polícia opera como agente disciplinar e que, quando extrapola limites, manifesta o dispositivo punitivo através de práticas seletivas, racializadas e orientadas à repressão de populações marginalizadas, convertendo abusos em verdades processuais legitimadas pelo discurso jurídico.

O possível caminho das prisões brasileiras frente às violações de direitos humanos foi discutido por Fernanda Rabello Belizário. A pesquisadora investigou se a sociedade brasileira tem caminhado rumo a um declínio das prisões no que tange ao respeito dos direitos do indivíduo em situação de cárcere, valendo-se de análise crítica a partir dos pensamentos de Michel Foucault. Verificou que há necessidade de observar mais os movimentos para com as prisões no Brasil, sendo precipitado concluir sobre o fim do encarceramento, mesmo com a evolução dos direitos humanos. (não veio)

Os direitos humanos de pessoas transexuais e travestis no sistema prisional do Maranhão foram analisados por Scarlet Abreu Santos, Jaqueline Prazeres de Sena e Eliane Expedita de Sousa Almeida. As pesquisadoras examinaram a Instrução Normativa nº 98/2023 da SEAP/MA, questionando em que medida o dispositivo assegura a efetivação de direitos dessas pessoas no contexto penitenciário. Adotaram método indutivo e procedimento sociojurídico crítico, focando na análise do princípio da dignidade humana e nas vivências dessas pessoas, de forma a perceber suas individualidades e aquilo que buscam para se sentirem asseguradas.

Tema atual é a influência do capitalismo de vigilância no sistema penitenciário brasileiro, analisada criticamente por Pedro Costa De Araujo e Deise Marcelino Da Silva. Foi examinado como o uso crescente de tecnologias de monitoramento tem redefinido a execução penal sob o prisma da eficiência e do controle, suscitando preocupações quanto à privacidade, à dignidade da pessoa humana e à autodeterminação informativa. Defenderam que a adoção de tais instrumentos deve ser orientada por princípios garantistas, respeito à proporcionalidade, transparência e proteção de dados pessoais, evitando que o sistema penal se torne campo de experimentação tecnológica em detrimento da dignidade humana.

Bauman é utilizado para analisar a reconfiguração do poder punitivo à luz da condição pós-moderna e da modernidade líquida foi examinada por Thales Dyego De Andrade, Anna Júlia Vieira da Silva e Maria Eduarda Lucena Meireles. Foi proposta a categoria direito penal líquido, diagnosticando que a legitimação jurídica migrou de fundamentos universalistas para métricas de performatividade. Utilizaram como exemplo empírico a resposta aos eventos de 8 de janeiro de 2023, identificando a normalização da exceção através de bloqueios patrimoniais, conversão massiva de flagrantes em preventivas e ênfase na comunicação midiática. Apresentaram parâmetros de controle como ofensividade, reforço da taxatividade e cautelares como extrema ratio, concluindo que reequilibrar o *ius puniendi* exige impedir que a exceção vire rotina.

Em seguida, a Ditadura Civil-Militar brasileira (1964–1985) foi analisada a partir da categoria criminológica dos crimes de Estado por Thales Dyego De Andrade e Anna Júlia Vieira da Silva. Os autores argumentaram que práticas como tortura, desaparecimentos forçados e execuções sumárias não foram excessos, mas políticas sistemáticas de repressão, legitimadas pela Doutrina de Segurança Nacional e por narrativas oficiais. Incorporaram a memória como categoria epistemológica e mobilizaram relatórios da Comissão Nacional da Verdade para demonstrar como o Estado utilizou o aparato jurídico e militar para instaurar um regime de exceção permanente. Concluíram que a crítica criminológica deve assumir compromisso com os direitos humanos, a democracia e a memória das vítimas.

A relação entre educação, remição de pena e o trabalho de cuidado exercido por mulheres negras no sistema prisional brasileiro foi analisada criticamente por Ádria Luyse do Amaral Martins e Victor Augusto Silva de Medeiros. Os pesquisadores partiram de uma perspectiva interseccional e abolicionista, constatando que o cárcere opera sob uma lógica androcêntrica, racista e punitiva, invisibilizando as práticas de cuidado dessas mulheres. Dialogaram com a Opinião Consultiva nº 29 da CIDH e com a crítica abolicionista de Angela Davis, propondo o cuidado como fundamento para uma justiça não punitiva. Concluíram que a valorização do cuidado e da educação no interior das prisões pode contribuir para práticas de justiça transformadoras e condizentes com os direitos humanos.

O trabalho seguinte analisou o fim do manicômio judiciário no Brasil e os desafios para o pós-encarceramento promovido pela Resolução nº 487/2023 do CNJ. Escrito por Rhuan Rommell Bezerra de Alcantara e Gustavo Barbosa de Mesquita Batista, houve um diálogo entre o direito, a criminologia crítica e o abolicionismo penal-psiquiátrico, problematizando como aplicar uma lógica antimanicomial sem caráter correcional. Identificaram preocupações como prazo exíguo, fragilidade das políticas de saúde mental e estigma que obstaculiza o tratamento comunitário. Perceberam que a substituição de um tratamento segregador

desmonta o caráter punitivista enraizado e revela a importância de uma relação mais firme entre a rede de saúde mental e o sistema de justiça criminal.

A criminalização da invasão de terras públicas contida no art. 20 da Lei 4.947/66 foi examinada por Georgiano Rodrigues Magalhaes Neto, Wendelson Pereira Pessoa e Roberto Carvalho Veloso. Os pesquisadores realizaram pesquisa empírica nos Tribunais Regionais Federais e no Superior Tribunal de Justiça, analisando acórdãos sobre a interpretação do elemento normativo do tipo penal à luz dos princípios da subsidiariedade, fragmentariedade e intervenção mínima. Identificaram uma tensão interpretativa, pois o STJ passou a admitir a criminalização de condutas meramente clandestinas, ampliando o alcance punitivo da norma. Partiram da hipótese de que o sistema jurídico já dispõe de instrumentos extrapenais eficazes, revelando-se desnecessária a mobilização da repressão penal.

Os impactos jurídicos da constatação de distintos graus de lesividade concreta no exercício do poder punitivo estatal foram analisados por Túlio Max Freire Mendes. O texto sustenta que a baixa ofensividade da conduta deve ensejar uma resposta estatal igualmente mitigada mediante alternativas penais, mesmo no caso de agente reincidente. Examinou como o reconhecimento da mínima lesividade pode neutralizar os efeitos da reincidência na fixação do regime inicial de cumprimento da pena e orientar a aplicação de medidas socialmente adequadas. Propôs respostas penais graduadas que alinham o sistema penal aos princípios da proporcionalidade, necessidade e intervenção mínima, concluindo pela necessidade de rejeitar padrões punitivos automáticos em favor de um modelo responsivo à gravidade real da ofensa.

A corrupção e a improbidade administrativa na esfera municipal foram analisadas por Monique Marla da Hora Pereira Santos, Marcio Aleandro Correia Teixeira e Alinne Mayssa Pereira Pires, com ênfase na gestão de São Bernardo – MA. Foram adotados como referenciais teóricos o Neoinstitucionalismo e o framework de Análise Institucional e Desenvolvimento de Elinor Ostrom, a criminologia crítica de Alessandro Baratta e a teoria da associação diferencial de Edwin Sutherland. Examinaram como a descentralização de recursos após 1988 ampliou a vulnerabilidade dos municípios a práticas ilícitas que corroem a credibilidade institucional. Concluíram que a corrupção municipal, como fenômeno estrutural, exige soluções pautadas no fortalecimento da governança participativa e na revisão das estruturas que perpetuam a impunidade.

O sistema prisional brasileiro foi analisado a partir do conceito de instituições totais desenvolvido por Erving Goffman por Letícia Rezner e Osmar Veronese. Os pesquisadores partiram da hipótese de que o cárcere, legitimado pelo discurso da ressocialização, não

exerce essa função, mas aprofunda processos de exclusão e desumanização. Demonstraram que, configuradas como instituições totais, as prisões brasileiras consolidaram sua posição como instrumentos de controle social seletivo e repressivo, atingindo especialmente grupos vulneráveis. Concluíram que a superação da lógica punitivista exige políticas públicas e alternativas penais que priorizem a dignidade da pessoa humana e a reintegração social, em consonância com a Constituição de 1988 e com os tratados internacionais de direitos humanos.

Georgiano Rodrigues Magalhaes Neto, Wendelson Pereira Pessoa e Roberto Carvalho Veloso são os autores do trabalho "ENTRE MORADIA E PRISÃO: A CRIMINALIZAÇÃO DA INVASÃO DE TERRAS PÚBLICAS E OS LIMITES DA INTERVENÇÃO PENAL". O objetivo é examinar a criminalização da invasão de terras públicas (art. 20 da Lei 4.947 /66), destacando os limites da intervenção penal. O artigo conclui que a ampliação do alcance punitivo pela jurisprudência do STJ, ao criminalizar condutas meramente clandestinas, é desnecessária e desproporcional, sob o risco de reproduzir a seletividade penal.

A autora Fernanda Rabello Belizário é responsável pelo artigo "ESTUDO SOBRE AS MAZELAS DO SISTEMA PRISIONAL E O CAMINHO DAS PRISÕES NO BRASIL: EXTINÇÃO DO CÁRCERE OU PERSISTÊNCIA NAS VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS?". O objetivo do trabalho é discutir o possível caminho das prisões brasileiras frente ao repúdio social e às violações de direitos humanos, analisando criticamente o sistema prisional à luz do pensamento de Michel Foucault. O artigo conclui que é precipitado afirmar o fim das prisões, sendo necessário observar os movimentos sociais e jurídicos para novos mecanismos de punição.

Por fim, os efeitos da necropolítica e da racionalidade neoliberal sobre a efetividade das garantias processuais penais no Brasil foram investigados por Rogerth Junyor Lasta, Carina Ruas Balestreri e Josiane Petry Faria. Os autores partiram da hipótese de que tais garantias, ao serem submetidas à lógica do mercado e à gestão da morte promovida pelo Estado, deixam de cumprir sua função de contenção do poder punitivo e passam a legitimar a repressão dirigida a corpos vulneráveis. Articularam os conceitos de vulnerabilidade, seletividade e garantismo, indicando que a racionalidade neoliberal e a necropolítica moldam o sistema de justiça penal como instrumento de controle social. Concluíram ser necessário resgatar um garantismo penal comprometido com a inclusão social e a proteção efetiva dos direitos fundamentais.

Gustavo Noronha de Ávila

Fernando de Brito Alves

Humberto Barrionuevo Fabretti

“CRÍTICA À TEORIA DA PREVENÇÃO GERAL POSITIVA: A LEI COMO SOFRIMENTO DO APENADO E A VIOLÊNCIA ESTRUTURAL”

“CRITICISM OF THE THEORY OF POSITIVE GENERAL PREVENTION: THE LAW AS SUFFERING OF THE PRISONER AND STRUCTURAL VIOLENCE”

**Ádria Luyse do Amaral Martins ¹
Victor Augusto Silva de Medeiros ²**

Resumo

O presente artigo analisa criticamente a teoria da prevenção geral positiva formulada por Günther Jakobs, à luz das desigualdades estruturais que marcam o sistema penal brasileiro. Fundamentada no funcionalismo sistêmico, essa teoria atribui à pena a função simbólica de reafirmar a vigência da norma jurídica violada, buscando manter a estabilidade normativa e a confiança social. No entanto, quando aplicada em contextos como o brasileiro, marcado por encarceramento em massa e seletividade penal, a teoria se revela legitimadora da violência estrutural e da exclusão de populações vulnerabilizadas. A pesquisa tem como problema central investigar em que medida a teoria da prevenção geral positiva de Günther Jakobs, contribui para legitimar a violência estrutural e a seletividade penal no contexto brasileiro, caracterizado pelo encarceramento em massa e pela criminalização de grupos historicamente vulnerabilizados? Para tanto, são utilizadas obras de Cesare Beccaria, Günther Jakobs e Luigi Ferrajoli, além das análises críticas de Patrick Cacicedo e Jay Bernstein. O estudo adota uma metodologia dedutiva, com abordagem qualitativa e natureza bibliográfica, amparando-se na criminologia crítica e na filosofia do direito. Conclui-se que a teoria de Jakobs reforça o caráter simbólico do sofrimento e a seletividade do sistema penal, contrariando os princípios do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, o artigo defende a adoção de um paradigma garantista e emancipatório, comprometido com a dignidade humana, a limitação do poder punitivo e a construção de uma justiça social efetiva.

Palavras-chave: Prevenção geral, Funcionalismo penal, Seletividade penal, Violência estrutural, Garantismo

Abstract/Resumen/Résumé

This article critically analyzes the theory of positive general prevention formulated by Günther Jakobs, in light of the structural inequalities that characterize the Brazilian penal system. Based on systemic functionalism, this theory attributes to punishment the symbolic function of reaffirming the validity of the violated legal norm, seeking to maintain normative stability and social trust. However, when applied in contexts such as Brazil, marked by mass

¹ Graduada em Direito pelo CESUPA. Advogada. Mestra pelo Programa de Pos-Graduação em Direito pela UFPA.

² Graduado em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará – CESUPA. Advogado.

incarceration and selective criminalization, the theory proves to legitimize structural violence and the exclusion of vulnerable populations. The central problem of this research is to investigate to what extent Günther Jakobs's theory of positive general prevention contributes to legitimizing structural violence and penal selectivity in the Brazilian context, characterized by mass incarceration and the criminalization of historically vulnerable groups. To this end, the study draws on works by Cesare Beccaria, Günther Jakobs, and Luigi Ferrajoli, as well as critical analyses by Patrick Cacicedo and Jay Bernstein. The study adopts a deductive methodology, with a qualitative approach and bibliographical basis, supported by critical criminology and legal philosophy. It concludes that Jakobs's theory reinforces the symbolic nature of suffering and the selectivity of the penal system, contradicting the principles of the democratic rule of law. In this sense, the article advocates the adoption of a paradigm that guarantees and emancipates, committed to human dignity, the limitation of punitive power, and the construction of effective social justice.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: General prevention, Penal functionalism, Penal selectivity, Structural violence, Guarantee

1 Introdução

A pena, como expressão máxima do poder punitivo estatal, sempre esteve no centro das discussões sobre justiça, legitimidade e controle social. Ao longo da história, diferentes concepções buscaram justificar sua aplicação, ora como retribuição moral pelo mal cometido, ora como forma de controle e prevenção da criminalidade. Com a ascensão do pensamento iluminista e o declínio das teorias absolutas, que viam a pena como castigo divino ou expiação moral, emergem as teorias relativas da pena, fundadas em uma racionalização dos fins punitivos e organizadas em torno das noções de prevenção geral (positiva e negativa) e prevenção especial.

Nesse novo paradigma, a pena deixa de ser uma resposta ao passado e passa a se justificar por seus efeitos futuros, seja no comportamento do apenado, seja na consciência coletiva da sociedade. A teoria da prevenção geral positiva, formulada por Günther Jakobs, desponta como uma das mais influentes nesse contexto, ao propor que a sanção penal funcione como reafirmação simbólica da norma jurídica violada. Nessa visão, punir é comunicar: o Estado sinaliza à sociedade que a ordem normativa permanece intacta, mesmo diante da infração. Todavia, essa mesma concepção passa a ser alvo de severas críticas, principalmente quando aplicada a realidades marcadas por desigualdades estruturais, como o sistema penal brasileiro.

É nesse ponto que emerge a problemática central do presente artigo: em que medida a teoria da prevenção geral positiva de Günther Jakobs, contribui para legitimar a violência estrutural e a seletividade penal no contexto brasileiro, caracterizado pelo encarceramento em massa e pela criminalização de grupos historicamente vulnerabilizados? A investigação dessa questão se faz urgente, uma vez que a adoção acrítica de teorias punitivistas pode reforçar práticas autoritárias travestidas de legalidade.

A justificativa para o desenvolvimento deste estudo reside justamente na necessidade de promover uma análise crítica das bases teóricas que sustentam o Direito Penal contemporâneo. Em uma realidade na qual o sistema de justiça criminal opera de forma seletiva, racista e classista, é indispensável revisar os pressupostos que conferem legitimidade ao poder de punir. A prevenção geral positiva, embora revestida de aparente neutralidade, apresenta sérias implicações éticas e políticas ao naturalizar o sofrimento como instrumento de coesão social, legitimando a exclusão de certos corpos, especialmente os racializados e periféricos, em nome da preservação da ordem normativa.

O objetivo deste artigo é examinar, sob uma perspectiva crítica, os fundamentos e os limites das principais teorias relativas da pena, com foco na prevenção geral positiva. Para isso,

são confrontadas as contribuições clássicas de Cesare Beccaria, precursor da prevenção geral negativa, as formulações funcionalistas de Jakobs e a crítica garantista radical proposta por Luigi Ferrajoli. Busca-se, assim, identificar os efeitos simbólicos e materiais dessas doutrinas, particularmente no que tange à sua aplicação concreta sobre sujeitos historicamente vulnerabilizados no contexto brasileiro.

As reflexões aqui desenvolvidas baseiam-se em um conjunto de obras fundamentais da teoria penal e da filosofia jurídica, entre as quais se destacam *Dos Delitos e das Penas*, de Cesare Beccaria (1764); *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*, de Luigi Ferrajoli (1989); e os escritos de Günther Jakobs sobre a prevenção geral positiva e o Direito Penal do Inimigo. Como suporte teórico-crítico contemporâneo, recorre-se também às análises de Patrick Cacicedo (2014; 2015; 2019), que denunciam a seletividade penal e os efeitos legitimadores da dor no modelo funcionalista. Por fim, dialoga-se com as reflexões morais de Jay Bernstein (2015), sobre a dignidade e o sofrimento, e com dados empíricos divulgados pelo Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania (2025), que ilustram a realidade do sistema prisional brasileiro.

Do ponto de vista metodológico, adota-se o **método** dedutivo, com abordagem qualitativa e caráter teórico-crítico. A pesquisa é de natureza bibliográfica, baseada em obras clássicas e contemporâneas da teoria penal, da criminologia crítica e da filosofia política. Dessa forma, parte-se da construção conceitual das teorias analisadas, segue-se com a crítica aos seus fundamentos e termina-se com o confronto dessas ideias com a realidade concreta do sistema penal brasileiro, marcado por desigualdade estrutural e violações de direitos humanos.

2 Fundamentos e Críticas da Prevenção Geral: entre Beccaria, Jakobs e Ferrajoli

Na construção sobre a penologia contemporânea, as teorias relativas foram de suma importância para o entendimento do que se entende como direito penal e processo penal moderno, onde adveio substituir as teorias absolutas, que viam a pena como retribuição moral e castigo divino para o homem. Nesse ínterim, as teorias relativas conferem uma racionalização da punição, influenciando diretamente a política criminal, a legislação e a interpretação judicial da pena, pois não a fixa tão somente pelo fato da prática do ato infracional pelo indivíduo, mas pela lógica da utilizada social da pena, podendo gerar efeitos tanto para o apenado, quanto para a sociedade.

Dessa forma, há dois grandes grupos, os quais são da prevenção geral (negativa e positiva) e da prevenção especial. A prevenção geral defende que os efeitos da pena devem incidir na sociedade em geral, não retribuindo moralmente o mal praticado, mas para prevenir

a incidência de novos ilícitos por meio da intimidação ou da reafirmação da norma jurídica perante a sociedade. Nessa teoria, há duas vertentes principais: da prevenção geral negativa e da prevenção geral positiva.

A prevenção geral negativa possui o objetivo de alcançar o viés psicológico de intimidação no corpo social, para que a aplicação da pena pelo Estado seja um exemplo de que o crime é punível e os indivíduos não ficam ilesos, pois sofrem as consequências, ocorrendo a efetividade da punição. Assim, acaba legitimando penas severas e abusivas para causar temor social, onde o poder estatal envia uma mensagem de desmotivação à sociedade em realizar crimes.

Já a prevenção geral positiva, desenvolvida por Günther Jakobs, defende que a pena possui uma função comunicativa e simbólica, servindo para reafirmar a validade da norma jurídica violada e, assim, reforçar a confiança dos cidadãos no ordenamento jurídico. Para Jakobs, a pena é uma resposta necessária à quebra das expectativas normativas, pois sua ausência poderia gerar desconfiança no sistema de normas e desagregação social. Nessa perspectiva, o apenado não é punido apenas pelo que fez, mas se converte em um meio de manutenção da identidade normativa da sociedade, o que levanta sérias objeções éticas.

Por fim, há a prevenção especial que é uma teoria relativa da pena que se concentra nos efeitos que a punição deve produzir especificamente sobre o apenado, e não sobre a coletividade em geral, como propõe a prevenção geral. Tal vertente se baseia na ideia de que a pena deve servir para evitar que aquele indivíduo específico volte a delinquir, funcionando como instrumento de ressocialização, neutralização ou, em certos casos, intimidação individual. Dessa forma, a teoria pode assumir três vertentes, onde a pena pode ser ressocializadora, pois busca reeducar e reintegrar o condenado por meio de políticas públicas de apoio; neutralizadora, visando apenas impedir que o indivíduo cause novos danos à sociedade durante o cumprimento da pena; e, por fim, a intimidatória individual, pois procura incutir temor suficiente para dissuadir futuras condutas ilícitas.

Analizando a base teórica da construção da teoria da prevenção geral negativa, utilizemos o jurista e filósofo italiano, Cesare Beccaria (1738-1794), sendo um dos primeiros autores a propor uma abordagem racional e humanista para o Direito Penal. Em sua obra seminal *Dos Delitos e das Penas* (1764), Beccaria defende que as leis devem ter como objetivo principal a proteção do contrato social e o bem-estar coletivo, sendo a pena um instrumento necessário, mas que deve ser aplicada com moderação e proporcionalidade. O iluminista ao romper com o paradigma retributivo de condenação pelos pecados (matriz religiosa) e vingativa (olho por olho, dente por dente), Beccaria inaugura uma visão laica e utilitarista do sistema

penal, buscando evitar tanto o arbítrio estatal quanto o sofrimento excessivo, garantindo os primeiros passos da abolição da tortura e de construção da dignidade da pessoa humana.

Para o italiano, o castigo não se justifica como expiação moral do crime, mas sim como um meio de dissuadir futuros delitos por parte da coletividade, assim, a pena cumpre uma função pedagógica, pois ao punir publicamente o infrator, o Estado educa os demais cidadãos sobre os custos da transgressão. Nesse sentido, a pena é legítima não por vingar, mas por intimidar racionalmente.

Contudo, para que esse efeito preventivo seja alcançado, Beccaria sustenta que a pena deve obedecer a três princípios fundamentais: certeza, celeridade e proporcionalidade. A certeza da punição é mais eficaz que sua severidade; ou seja, é mais importante que o criminoso saiba que será punido do que temer um castigo cruel e incerto. A celeridade, por sua vez, assegura que o elo entre o crime e a sanção seja compreendido como direto e inevitável. Por fim, a proporcionalidade evita tanto abusos do Estado quanto a perda de legitimidade da norma penal.

A valorização da prevenção negativa em Beccaria não significa, no entanto, a aceitação da pena como sofrimento desnecessário, pelo contrário, o filósofo critica piamente as penas cruéis, os suplícios e a tortura, por considerá-los contraproducentes e incompatíveis com os fins racionais da pena. Como exposto por Martins (2025, p. 25):

Assim, a instalação de um senso jurisprudencial emergente (iluminista), em que a concepção moralmente substantiva do Estado de Direito surja como a alternativa necessária para a autoridade soberana, como exemplificado pelo corpo torturado, torna a tortura inconcebível. O mais nobre da análise de Beccaria é assumir um papel que o Direito Penal e o sistema penal podem e devem ser vistos como um local exemplar, sem violações arbitrárias, pois pode articular o poder e fazer contato direto entre Estado e cidadão sem utilizar de brutalidade.

Assim, o ideal de Beccaria é que haja um sistema penal racional, transparente e contido, que puna apenas o necessário para prevenir novos delitos, respeitando a dignidade do acusado. Assim, mesmo ao propor a intimidação social como função da pena, o filósofo impõe limites éticos e utilitários ao uso do poder punitivo.

Sua contribuição para a teoria da prevenção geral negativa reside, portanto, na substituição da vingança pela racionalidade, e na centralidade da utilidade pública como critério de legitimação do castigo penal. Ao contrário das teorias absolutas, que punem porque o delito foi cometido, Beccaria defende que só se deve punir para evitar futuros crimes, antecipando, assim, elementos que viriam a ser desenvolvidos por escolas positivistas e funcionalistas. Ainda que sua proposta não seja sistêmica, como a de Jakobs, sua preocupação com os efeitos sociais da pena está na base da prevenção geral.

Por essa razão, Beccaria é frequentemente citado como o precursor das teorias relativas da pena, especialmente da vertente negativa. Sua preocupação com o efeito exemplar da sanção, sua oposição à arbitrariedade judicial e sua defesa da legalidade penal (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) o colocam como um marco fundador do Estado de Direito penal moderno. Ainda que sua visão tenha limitações, sua obra permanece como uma crítica contundente à irracionalidade e à violência do sistema penal de sua época, e por extensão, das práticas punitivas seletivas ainda vigentes.

Em suma, a visão de Beccaria sobre a pena representa uma inflexão decisiva no pensamento jurídico ocidental, pois ao deslocar o foco da retribuição para a prevenção, e ao conceber a pena como meio de evitar o crime futuro por meio da intimidação racional, Beccaria lança as bases da prevenção geral negativa, mas sem renunciar ao humanismo e da proporcionalidade.

O segundo autor a ser analisado é o jurista e filósofo alemão Günther Jakobs (1937-) conhecido por ser a figura central do denominado funcionalismo penal sistêmico, uma corrente teórica que entende o Direito Penal como um instrumento para garantir o funcionamento e a estabilidade da ordem social. Inspirado na teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann, Jakobs propõe uma concepção de pena voltada menos para o crime em si e mais para os efeitos normativos e simbólicos da punição sobre o tecido social.

Como exposto por Cacicedo (2019, p. 42):

Para Jakobs, a norma penal constitui uma necessidade funcional sistemática de estabilização das expectativas sociais por intermédio da aplicação da pena ante a frustração que decorre da violação da norma. Considera-se que as interações sociais geram expectativas que devem ser asseguradas como condição de preservação do sistema social. O delito configura uma expressão simbólica de falta de fidelidade ao direito e ameaça a integridade e a estabilidade do sistema social. Por seu turno, a pena protege as condições para as interações interpessoais e tem função preventiva na medida em que assegura a validade da norma, tida como o próprio bem jurídico-penal, e restabelece a confiança para a estabilidade e integração do sistema social.

Dessa forma, a sua principal contribuição consiste na formulação da teoria da prevenção geral positiva, segundo a qual a pena deve funcionar como um mecanismo de reafirmação da norma jurídica violada, restaurando a confiança dos cidadãos no ordenamento e reforçando as expectativas sociais de comportamento. A finalidade da sanção penal, nessa perspectiva, não se limita à intimidação da coletividade nem à reeducação do infrator, mas se realiza na comunicação à sociedade de que a ordem jurídica permanece íntegra e vigente, mesmo após a sua transgressão. Para o alemão, esse efeito comunicativo é indispensável à manutenção da confiança dos cidadãos no sistema jurídico, pois fortalece as expectativas de

comportamento socialmente esperado e contribui para evitar a ruptura da coesão social diante do crime.

Nessa senda, Jakobs critica a teoria da prevenção geral negativa, pois expõe que é limitada e inadequada para justificar o exercício do poder punitivo, onde a mera intimidação coletiva e temor da punição não sejam suficientes para reprimir atos ilícitos. Para o alemão, a pena é além do efeito dissuasório, pois deve comunicar para a sociedade a continuidade e a validade da norma violada, restaurando a confiança na estabilidade normativa e garantindo a previsibilidade das interações sociais. Diante disso, o filósofo rejeita a prevenção negativa por considerá-la ineficaz para manter a ordem normativa e propõe, em seu lugar, a prevenção geral positiva, que comprehende a pena como um instrumento simbólico de reafirmação do direito, essencial à manutenção da identidade normativa e à estabilidade do convívio social.

No entanto, por fim, um ponto polêmico de Jakobs recai na distinção entre “cidadão” e “inimigo” no Direito Penal. Em sua teoria do “Direito Penal do Inimigo”, ele propõe que certos indivíduos que rompem radicalmente com o pacto social, não devem ser tratados como sujeitos de direitos plenos, mas sim como ameaças a serem neutralizadas. Essa tese levanta sérias preocupações éticas e jurídicas, pois autoriza a flexibilização de garantias processuais e o endurecimento penal, sendo duramente criticada por pensadores garantistas como Luigi Ferrajoli – como será tratado a *posteriori* – e por defensores dos direitos humanos, que a consideram incompatível com o Estado Democrático de Direito.

Por fim, utilizemos a análise de um crítico do direito penal tradicional, o jurista, filósofo e magistrado italiano Luigi Ferrajoli (1940-), importante intérprete e aplicador da teoria garantista do Direito Penal e do neoconstitucionalismo contemporâneo, sendo defensor rigoroso do Estado Democrático de Direito e pela centralidade dos direitos fundamentais como limite e fundamento do poder punitivo do Estado. A contribuição mais conhecida do jurista é o livro *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal* (1989), no qual elaborara uma crítica profunda ao direito penal tradicional, tanto nas suas vertentes retributivas quanto nas preventivas. Para Ferrajoli, o Direito Penal moderno deve estar submetido a princípios garantistas, ou seja, deve limitar severamente o poder de punir do Estado, assegurando ao acusado uma série de garantias legais, processuais e substanciais, como a legalidade, a anterioridade, a taxatividade, a culpabilidade, o contraditório, entre outras.

Nessa senda, Ferrajoli critica tanto as doutrinas retributivistas quanto as utilitaristas da prevenção especial, arrazoando que ambas confundem o Direito Penal com a moral ou com a natureza e tratam o crime e o criminoso como se fossem um “mal em si”, moralmente perverso ou naturalmente doente. Já as doutrinas da prevenção geral negativa, são as únicas que não

confundem direito com a moral, ou pelo menos se mantém neutra neste campo (Ferrajoli, 2002, p. 222). A partir dessa visão, as penas são justificadas com base em ideias ideológicas que servem apenas para legitimar o direito penal vigente, independentemente de seu conteúdo concreto, ou seja, acabam naturalizando uma construção política e contingente. Para o italiano, isso leva à defesa de modelos de direito penal máximo, autoritário e expansivo.

No caso específico da teoria da prevenção especial, Ferrajoli denuncia que a pena é tratada como um instrumento “benéfico” para o condenado, visto como alguém que precisa ser corrigido ou restaurado. Contudo, essa suposta intenção de reabilitação esconde projetos autoritários de controle moral e social, que violam o direito do indivíduo à autonomia pessoal. Assim, o autor alerta que essas doutrinas transformam o sistema penal num mecanismo de ortopedia social, que impõe padrões de conduta sob o disfarce de bem-estar, mas, na prática, reproduz coerção e nega a liberdade individual.

Quando passa a analisar as teorias da prevenção geral, Ferrajoli é especialmente crítico à prevenção geral positiva, como a formulada por Günther Jakobs, que atribui à pena a função de reforçar a coesão social, restaurar a confiança no sistema e renovar a fidelidade do cidadão ao Estado. Essa teoria, segundo Ferrajoli, instrumentaliza o indivíduo e o reduz a um “subsistema funcional” do sistema político, desconsiderando sua dignidade e seus direitos. O autor identifica uma continuidade com ideologias autoritárias do passado, todas marcadas por uma tentativa de justificar a pena como um instrumento de controle social e de reafirmação de valores dominantes. Para Ferrajoli, embora a lógica comunicativa de Jakobs seja sofisticada, acaba legitimando um poder punitivo autorreferente, onde a pena deixa de estar vinculada à culpabilidade individual e passa a servir à autoconservação do sistema jurídico-político.

Todavia, Ferrajoli visualiza um único ponto positivo na teoria da prevenção geral, que seria a negativa, tão somente pela não confusão entre direito e moral, pois intimida a coletividade e não moraliza o apenado, entretanto, volta a criticar, pois ao penalizar a sociedade, podem legitimar um direito penal severo, desigual e sem garantias. A lógica do punir para dar exemplo, tende a justificar práticas como a punição do inocente, a repressão política e a negação de princípios fundamentais, contrariando frontalmente o imperativo kantiano, que exige que o ser humano jamais seja tratado como meio para fins alheios.

Em suma, Ferrajoli não propõe uma teoria da pena com base em fins (como intimidar, corrigir ou comunicar), ao contrário, propõe uma teoria garantista do Direito Penal, onde a pena não é justificada por sua função, mas deve respeitar certos limites rígidos impostos pelos direitos fundamentais. E terá três pilares basilares: legalidade estrita (só pode haver crime e pena se previstos por lei anterior e clara.), culpabilidade subjetiva (ninguém pode ser punido

por riscos, perigos abstratos ou meras suposições) e limitação máxima do poder punitivo (o Direito Penal como *ultima ratio*). Assim, o jurista propõe uma ruptura com as teorias preventivas, sendo o único critério legítimo para aceitar o uso da pena é o respeito às garantias dos direitos fundamentais, dispondo algo desfuncionalizante, garantista e anticarcerário.

Dessa forma, após analisar três teorias distintas, uma de Cesare Beccaria, outra de Günther Jakobs e de Luigi Ferrajoli, as teorias da prevenção geral, tanto em sua vertente negativa quanto positiva, partem da premissa de que a pena se justifica pelo crime praticado (passado), mas sim da prevenção de novos ilícitos (futuro), onde a prevenção geral positiva, a pena não apenas pune, mas comunica à sociedade a continuidade e validade da norma jurídica, mesmo após sua violação. Contudo, essa racionalidade funcionalista tem sido alvo de severas críticas, sobretudo por reduzir o apenado à condição de meio para fins sistêmicos, em flagrante contrariedade ao imperativo categórico kantiano, segundo o qual o ser humano deve sempre ser tratado como fim em si mesmo. Tal lógica corre o risco de naturalizar o sofrimento do condenado como elemento necessário à preservação da ordem normativa, gerando preocupações ético-jurídicas incompatíveis com os fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Ao lado disso, a prevenção especial, embora teoricamente orientada para a ressocialização do indivíduo, revela-se igualmente problemática em contextos marcados pelo encarceramento em massa, ausência de políticas públicas efetivas e seletividade penal. Na prática, a prisão se mostra como um espaço que mais reproduz exclusão e marginalização do que promove reintegração social, tornando o discurso da reeducação meramente retórico. Diante dessas contradições, abre-se espaço para aprofundar a reflexão crítica sobre os efeitos materiais da pena, particularmente sua função de imposição institucionalizada de sofrimento e sua relação com a manutenção de desigualdades históricas e estruturais no sistema de justiça criminal. E é sob essa perspectiva que se inicia o próximo capítulo.

3 A Lei como Sofrimento do Apenado: Legitimidade e Seletividade no Sistema Penal.

Na obra de Cesare Beccaria, *Dos Delitos e das Penas* (1784), é possível visualizar o momento social e histórico que era vivenciado na Europa ocidental, posto que a pena e a prisão eram meios de tortura contra os apenados e forma de prevenção negativa à sociedade, pois ao condenar o preso, servia como forma de repreensão e exemplo aos que tentassem atacar o poder soberano do rei, que era ao mesmo tempo figura política, moral e divina na Terra. A guinada social ocorreria pelo fato de a sociedade encarar a tortura, tão utilizada desde o império romano até a metade do século XVIII, como um espetáculo de horror e que atentava a existência

humana, assim, o viés de eterna culpa e pecado estabelecido pela Igreja Católica não era mais visto como ponto norteador para a pena, mas sim deveria amenizar ou até mesmo excluir da vida do apenado.

Dessa maneira, ocorre um processo de personalização do sofrimento e reconhecimento do corpo como lugar da dor, pois reconhecer no outro alguém semelhante a si mesmo implica admitir que seu sofrimento é inaceitável. A dor alheia, quando percebida em sua humanidade, convoca à identificação e impõe um questionamento ético: se fosse comigo, seria justo? Como dispõe Bernstein (2015, p. 30): *os corpos doloridos dos outros clamam por simpatia e piedade. De repente, não se comover com a dor do outro seria em si um sinal de imoralidade, de não saber ou compreender o que era ser humano.*

Nessa senda, com a abolição da tortura, Beccaria propõe o direito penal mínimo, concebendo que tanto as leis quanto as punições serão apenas para sustentar a autoridade e a eficácia das leis mínimas necessárias, para poder sustentar uma ordem social funcional que respeite a liberdade igual de cada um. Como disposto por Martins (2025, p. 30):

[...] ninguém está fora ou acima da lei, mas sim como uma verdadeira sombra do indivíduo, que sempre o acompanha. A lei é a substância ética da política e não um instrumento que é exclusivo somente aos poderosos, isso desregulariza e contraria o que Estado de Direito defende e prega.

Isso significa dizer que a nova utilização do poder busca transformar a subjetividade do condenado em vez de brutalizar seu corpo, e essa mudança se traduz em uma reconfiguração da dor, na tentativa de construir uma lei clara, coerente e legítima, capaz de garantir uma interpretação, aplicação e julgamento menos arbitrário. Dessa forma, pretende-se edificar uma jurisprudência contemporânea sólida, apta a conter práticas coercitivas governamentais e a impedir o exercício do poder punitivo sem fundamento ou legitimidade.

A concepção funcionalista da pena, especialmente na teoria da prevenção geral positiva, inscreve o sofrimento do apenado como elemento necessário e legitimado à preservação da ordem normativa. Nesse modelo, a pena não visa exclusivamente sancionar o comportamento desviante, mas sim reafirmar, perante a coletividade, a vigência do sistema jurídico, funcionando como um dispositivo de comunicação institucional. No entanto, essa reafirmação simbólica se opera por meio da dor, mesmo tendo sido abolida desde o século XVIII por Beccaria, a privação e a exclusão permanece no sistema prisional, recaindo sobre sujeitos historicamente vulnerabilizados, o que transforma a norma penal em um vetor de sofrimento seletivo. Em outras palavras, a lei, ao ser aplicada de forma desigual, não apenas pune, mas produz e reproduz sofrimento com função política: estabilizar um sistema cuja coesão se dá às custas da dignidade de certos corpos.

Essa lógica encontra ressonância em contextos como o sistema penal brasileiro, onde a pena recai de forma desproporcional sobre populações marcadas por recortes de classe, raça e território. A legitimação do sofrimento penal, nesse cenário, atua como mecanismo de naturalização da exclusão, sob o disfarce da manutenção da ordem jurídica. A norma, longe de ser universal, torna-se um instrumento de gestão da marginalidade, direcionando o poder punitivo a partir de critérios seletivos que operam sob o véu da neutralidade jurídica. Assim, é possível afirmar que a lei, ao ser aplicada por meio do aparato penal, se converte em forma institucionalizada de violência estrutural, disfarçada sob o discurso da racionalidade normativa e da função preventiva da pena.

A violência estrutural não é um fenômeno exclusivo da modernidade, mas sim um traço persistente da história humana, presente nos diversos modos de organização social e relações de poder ao longo dos séculos. No contexto do Estado contemporâneo, essa violência é muitas vezes apresentada como um mal necessário, justificado pela necessidade de preservação da ordem, da moralidade ou da segurança pública (Martins, 2025, p. 93-94). Essa narrativa legitima o uso do poder coercitivo estatal, sobretudo através da atuação policial, como forma de garantir uma suposta estabilidade social. Nesse cenário, o discurso jurídico-político constrói a ideia de que, sem repressão e controle, a sociedade mergulharia no caos, reproduzindo a lógica hobbesiana do medo e da insegurança permanente. Essa retórica, no entanto, oculta o verdadeiro caráter estrutural da violência, que atua como mecanismo de preservação das hierarquias sociais impostas por um modelo patriarcal, racista e capitalista.

A violência estrutural, por sua vez, opera de forma difusa, silenciosa e muitas vezes invisível, sendo naturalizada a tal ponto que se torna parte do cotidiano, e ela se manifesta não apenas em atos explícitos de repressão, mas também na manutenção de relações sociais exploradoras, excludentes e alienantes, travestidas de normalidade e legalidade. Com a justificativa do cumprimento das regras ou pela defesa da ordem, essas práticas ocultam o seu caráter violento sob o véu da legitimidade institucional, onde cidades, instituições e subjetividades são moldadas por essa lógica, que performa uma proteção ilusória, enquanto serve aos interesses de determinados grupos que lucram e se sustentam por meio do controle social e da exclusão sistemática. A naturalização dessa forma de violência contribui para sua perpetuação, impedindo que ela seja nomeada, denunciada e combatida.

Como disposto por Patrick Cacicedo (2015), a seletividade penal foi evidenciada após estudos da criminologia crítica e da reação social, principalmente após a virada que deslocou o foco da análise da figura do criminoso para o funcionamento do próprio sistema penal, e com essa mudança, foi possível entender a seletividade como um elemento do processo de

criminalização, revelando que o sistema punitivo não opera de forma neutra, mas reproduzindo relações de poder e exclusão social na definição de quem será alvo da repressão estatal.

E as concepções que sustentam as principais formulações dogmáticas do Direito Penal é do positivismo criminológico, que atribui a criminalidade como característica intrínseca de uma minoria de “indivíduos hostis”; e a outra é de que o Direito Penal atua de forma isonômica e universal. Esta última concepção acaba gerando uma crença de que os criminalizados pertencem majoritariamente a setores marginalizados por cometerem mais crimes do que os demais. No entanto, a criminologia crítica demonstra que a realidade é contrária: a pobreza e a vulnerabilidade não geram necessariamente mais delitos, mas são determinantes para a criminalização, pois o sistema penal seleciona desproporcionalmente esses grupos para a aplicação do poder punitivo.

A realidade prisional no sistema brasileiro é marcada por superlotação de indivíduos pretos e pardos, inclusos em condições precárias, com alta taxa de violência e ausência de ressocialização efetiva, onde o Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania (MDHC, 2025) disponibilizou que a população prisional no Brasil é de mais de 850 mil pessoas, sendo o terceiro do mundo, ficando atrás somente dos Estados Unidos e da China.

De acordo com Martins, et al, (2011) existe uma aparente responsabilidade pelo próprio Poder Judiciário em manter a política criminal e atualização da barbárie no inchaço do sistema carcerário, onde as agências do controle judicial são produtoras, em um circuito de execuções destinado aos corpos negros. E isso demanda uma análise do sistema de execução penal no Brasil, mostrando o abismo entre a teoria e a prática do sistema prisional, visto que o cárcere e os manicômios judiciários são os locais com maior transgressão aos direitos humanos, com um número cada vez maior de apenados vivendo em condições indignas e cruéis, em espaços que mostram de forma clara a violência sistêmica.

No estudo da teoria crítica penal e na filosofia moral moderna, o pior tipo de tortura é aquele que é vivenciado diariamente, por um grupo seletivo de indivíduos, que através de uma construção social, já nascem marcados desde o nascimento como indivíduos vulnerabilizados. Na realidade da execução penal, a barbárie humanitária é marcada em desconsiderações das especificidades, como gênero e sexualidade, e o cumprimento da pena sendo a fase final, demonstra a exclusão e a exceção, cujos contornos ganharam uma dimensão devastadora em termos humanitários no processo de encarceramento em massa das últimas três décadas (Cacicedo et al, 2025).

4 Limites e Possibilidades: Críticas e Perspectivas de Superação

Dentre as principais críticas dirigidas à teoria da pena formulada por Günther Jakobs, destaca-se a observação de Patrick Cacicedo, quanto ao profundo descompasso entre os aspectos normativos e lógico-formais que sustentam a construção teórica do autor e a realidade concreta das relações humanas às quais essa teoria pretende se aplicar.

Em outras palavras, embora Jakobs elabore uma fundamentação sofisticada a partir do funcionalismo sistêmico e da teoria dos sistemas de Luhmann, sua proposta desconsidera os contextos sociais, históricos e materiais nos quais os sujeitos estão inseridos, resultando em uma abstração que se distancia das dinâmicas concretas da vida em sociedade. Além disso, ao centrar-se na manutenção da vigência da norma como objetivo primordial da pena, a teoria de Jakobs relega a segundo plano questões fundamentais como a dignidade da pessoa humana, os direitos das minorias e os efeitos colaterais do encarceramento em massa.

A ênfase desmedida na estabilização do ordenamento jurídico acaba por naturalizar a seletividade penal e invisibilizar as estruturas de desigualdade que operam por meio da punição. Nesse sentido, Cacicedo denuncia a insuficiência de uma teoria que se pretende neutra e racional, mas que na prática, legitima o exercício autoritário do poder punitivo e perpetua a exclusão social sob a aparência de preservação normativa. Ademais, tal distanciamento compromete a legitimidade da teoria da pena enquanto instrumento jurídico, pois ignora a complexidade dos fatores que permeiam a prática penal e suas consequências reais sobre os corpos e subjetividades, especialmente daqueles que são sistematicamente capturados pelo sistema penal.

Nessa senda, a doutrina penal não reluta em afirmar que a teoria da prevenção geral positiva de Jakobs atua como legitimadora de um sistema penal autoritário, esvaziando garantias penais mínimas. Assim, ao afirmar que a pena serve para afirmar a validade da norma diante da coletividade, o indivíduo deixa de ser o centro do Direito Penal, relativizando a ideia de intervenção mínima e de que a pena só deve ser aplicada dentro de limites de culpabilidade.

Além disso, o Direito Penal do inimigo é incompatível com o Estado Democrático de Direito e acaba criando um Direito Penal de exceção ao inimigo, que se coloca fora do pacto social, em contrapartida ao cidadão, que se mantém fiel às regras sociais.

É necessário, ainda, apontar a crítica da prevenção especial positiva a partir do seu cotejo com a realidade concreta. Ao comparar a função declarada da prevenção especial positiva com o real funcionamento do processo de criminalização e com os aspectos reais da pena, percebe-se que o sistema penal não atua de forma neutra e objetiva (como defende Jakobs), e sim de forma seletiva, em prejuízo de determinados grupos sociais, sustentado por um número

restrito de fatos criminalizados. Ao ignorar o funcionamento concreto do sistema penal, a teoria da prevenção geral positiva mostra-se desprovida de base científica.

Conforme ensina Patrick Cacicedo (2014, pág. 140):

Os estudos criminológicos levados a efeito sobre os processos de criminalização e as estatísticas criminais revelaram que estas representam apenas uma ínfima parcela do que significa a criminalidade real. Para além da existência de uma larga cifra oculta representada pela diferença entre a criminalidade real e aquela oficialmente registrada, chegou-se também à conclusão de que a prática delitiva se manifesta em todos os estratos sociais, muito embora somente os grupos mais vulneráveis sejam objeto de concreta criminalização.

A criminalização primária (levada a cabo na esfera legislativa) refere-se à escolha das condutas que serão criminalizadas e sujeitas à responsabilização criminal, influenciada pelos setores sociais dominantes e longe da neutralidade e objetividade defendida por Jakobs, como mero reflexo, nas normas penais, dos valores essenciais à identidade da sociedade, à luz de um consenso.

Por sua vez, a criminalização secundária, a escolha, pelo sistema de justiça, das pessoas ou grupos de pessoas efetivamente perseguidos processados e punidos, revela, de modo incontestável, a seletividade do processo de criminalização e as consequências práticas que dele decorrem.

De acordo com Cacicedo (2014, p. 143):

O direito penal não atua de forma linear e uniforme com relação a todo tipo de conduta que se propõe a prevenir. Pelo contrário, a seleção levada a cabo no processo de criminalização secundária conforme o estereótipo torna inoperante o seu funcionamento para outros grupos sociais que não aqueles que são preferencial e estruturalmente alvos das agências penais. Esse processo estrutural culmina, portanto, na criminalização concreta como regra geral de um grupo social específico que carrega consigo as características do estereótipo criminoso.

O modelo proposto por Günther Jakobs, ao tratar determinados indivíduos como inimigos a serem neutralizados, em vez de promover a contenção do poder punitivo do Estado e a proteção de garantias mínimas, acaba por fornecer subsídios para o fortalecimento do poder punitivo, que intensifica as mazelas do cárcere.

As condições degradantes do sistema prisional, caracterizadas pela superlotação, insalubridade, deficiência na assistência médica, práticas de violência ausência de políticas efetivas de reinserção social, agravam significativamente a dor imposta aos detentos, extrapolando a simples privação da liberdade que a pena deveria representar. Isso, somado à lógica de exclusão legitimada por Jakobs, converte a pena em um instrumento de aniquilamento.

A crítica, nesse ponto, é que Jakobs, ao invés de cogitar políticas criminais orientadas pela dignidade da pessoa humana e pela ampliação das garantias individuais frente ao poder

punitivo, sua teoria da prevenção geral positiva reforça a seletividade, reproduzindo o modelo penal de violência estatal travestida de legalidade.

A prisão passa a servir ao propósito de imposição de sofrimento aos vulneráveis e indesejados. Nesse sentido, Cacicedo adverte (2014, p. 150-151):

A teoria da prevenção especial positiva reconhece como legítima a utilização do sofrimento humano como símbolo para a garantia de fidelidade ao direito e manutenção da ordem, de maneira a não só conferir apoio real ao processo de criminalização, mas também ao conteúdo da pena como degradação humana e imposição de sofrimento aos vulneráveis e indesejados. Não só o processo seletivo de imposição de pena, como o próprio conteúdo da pena na sociedade contemporânea são reafirmados e defendidos teoricamente em nome da manutenção da ordem social vigente.

No cenário brasileiro, o modelo proposto pelo penalista alemão precisa ser analisado à luz da conjuntura político-social vigente. Elementos da prevenção geral positiva, como a busca pela harmonia social e o consenso em torno dos valores fundamentais da sociedade, aproximam-se de um discurso de representação social no Brasil que favorece a adaptação das ideias de Jakobs.

A coexistência entre o mito da unidade e da harmonia da sociedade brasileira e o autoritarismo, traço característico das sociedades latino-americanas, adquire configuração específica no âmbito do sistema penal. No sistema penal, o discurso democrático convive com práticas autoritárias, produzindo um plano teórico de garantias mínimas do cidadão frente ao Estado que permanece completamente dissociado da realidade concreta, na qual as agências penais operam segundo concepções marcadamente conservadoras.

Mesmo com o rol de garantias estabelecido pela Constituição Federal de 1988, percebe-se um fortalecimento do estado policial após o fim do regime ditatorial. Cacicedo ressalta que (2014, p. 156):

Não obstante, por mais paradoxal que possa parecer, o período histórico sob a vigência da atual Constituição caracterizou-se pelo incremento do estado policial, com um avançado e violento processo de encarceramento em massa, pela piora significativa das condições materiais de aprisionamento, além da crescente prática de tortura e mortes de agentes estatais.

As características específicas da sociedade brasileira revelam a inadequação da teoria da prevenção especial positiva proposta por Jakobs. O discurso legitimador exercício arbitrário do poder punitivo estatal promovido pelo funcionalismo sistêmico, aliado às consequências típicas do processo de criminalização promovido pelo estado brasileiro, indicam a necessidade de uma resistência vigorosa fundada no paradigma crítico das ciências criminais.

Diante do exposto, conclui-se que a teoria da prevenção especial positiva, tal como formulada por Jakobs, mostra-se insuficiente, e, em muitos aspectos, perigosa, para enfrentar

as complexas e profundas desigualdades que marcam o sistema penal brasileiro. Ao priorizar a funcionalidade normativa em detrimento das vivências concretas dos sujeitos, essa concepção acaba por legitimar práticas autoritárias e seletivas, que atingem de forma desproporcional populações historicamente vulnerabilizadas.

Nesse cenário, torna-se urgente a adoção de um paradigma crítico, comprometido com a dignidade humana, com a limitação do poder punitivo e com a construção de uma justiça verdadeiramente emancipatória, capaz de reconhecer e enfrentar as estruturas de dominação que sustentam a violência institucional. A superação do modelo funcionalista não é apenas uma exigência teórica, mas uma tarefa política e ética para a transformação do sistema penal em direção a uma sociedade mais justa e igualitária.

5 Conclusão

A análise das principais teorias relativas da pena revela não apenas divergências metodológicas entre autores como Beccaria, Jakobs e Ferrajoli, mas também diferentes concepções sobre a função e os limites do poder punitivo estatal. Enquanto Beccaria inaugura uma racionalização humanista da pena, propondo sua aplicação como meio de dissuasão social e jamais como instrumento de残酷, Jakobs defende uma abordagem funcionalista que instrumentaliza o indivíduo em nome da estabilidade normativa. Ferrajoli, por sua vez, propõe uma ruptura com ambas, estabelecendo um modelo garantista que subordina o exercício do *jus puniendi* à estrita observância dos direitos fundamentais.

No contexto brasileiro, marcado por desigualdades estruturais, seletividade penal e encarceramento em massa, a aplicação de teorias como a prevenção geral positiva de Jakobs revela-se profundamente problemática. A lógica comunicativa que sustenta essa concepção, ao buscar reafirmar a vigência da norma jurídica por meio da punição, ignora a realidade social na qual a norma é seletivamente aplicada, frequentemente contra os mesmos corpos racializados, empobrecidos e marginalizados. Essa desconexão entre teoria e prática compromete a legitimidade do sistema penal, ao naturalizar a violência institucional e desconsiderar os efeitos materiais da pena sobre os sujeitos vulnerabilizados.

A crítica proposta pelas ciências criminais, especialmente pela criminologia crítica e pela teoria garantista de Ferrajoli, mostra-se indispensável para compreender a função ideológica da pena no Brasil. A criminalização não é um processo neutro, técnico ou imparcial, ela é construída a partir de escolhas políticas, sociais e econômicas, que determinam quais condutas serão punidas, e, sobretudo, quais sujeitos serão visados pelas agências penais. A

teoria da prevenção geral positiva, ao invisibilizar esse processo, acaba por legitimar um Direito Penal de exceção travestido de normalidade.

Além disso, ao legitimar o sofrimento como elemento funcional da pena, a teoria de Jakobs entra em contradição direta com os pressupostos do Estado Democrático de Direito. O sofrimento do apenado, longe de ser um efeito colateral, é inscrito como símbolo de fidelidade à norma e de resposta à sua violação. Tal concepção, como demonstra Patrick Cacicedo, compromete não apenas a dignidade do indivíduo condenado, mas também os fundamentos éticos da justiça, ao transformar a dor em instrumento de coesão social. A pena, nesse modelo, deixa de ser um mecanismo de contenção do poder punitivo para se tornar um veículo de sua expansão simbólica e material.

Diante desse quadro, torna-se imperioso resgatar a centralidade da pessoa humana como sujeito de direitos, inclusive no âmbito penal. Um sistema penal que desconsidera as desigualdades históricas e que opera de forma seletiva não pode ser considerado legítimo. A pena, enquanto expressão máxima do poder estatal sobre o corpo e a liberdade dos indivíduos, deve estar estritamente vinculada aos princípios da legalidade, da culpabilidade subjetiva, da proporcionalidade e da intervenção mínima. A racionalidade punitiva não pode ser dissociada do imperativo ético de que nenhuma pessoa deve ser tratada como meio para a preservação de uma ordem que não a inclui.

A partir desse entendimento, a teoria garantista de Ferrajoli oferece um caminho teórico e normativo mais comprometido com a justiça material e com a limitação do arbítrio estatal. Ao recusar qualquer justificação teleológica para a pena, Ferrajoli reposiciona o direito penal como último recurso, e não como instrumento central da política pública, devolvendo ao indivíduo o *status* de sujeito pleno de direitos. A contenção do poder punitivo, nesse modelo, é condição inegociável para a realização da democracia e para a efetivação da dignidade humana em sua integralidade.

A realidade brasileira, no entanto, ainda sevê distante desse ideal. O encarceramento em massa, a tortura institucionalizada, a seletividade racial e territorial e a falência das políticas de ressocialização são sintomas de um sistema penal que se tornou mecanismo de exclusão e perpetuação de desigualdades. A permanência de práticas autoritárias, mesmo sob a vigência de uma Constituição democrática, exige a revisão crítica das teorias penais que hoje fundamentam a atuação punitiva do Estado. Não basta denunciar os excessos: é preciso desarticular os discursos que os legitimam.

Por fim, é necessário reconhecer que a superação do paradigma punitivista exige mais do que reformas pontuais ou ajustes técnicos. Trata-se de uma tarefa política e ética, que

demanda coragem para confrontar as estruturas de poder que se alimentam da violência institucional e da desumanização do outro. Nesse horizonte, a crítica à teoria da prevenção geral positiva de Jakobs não se limita à esfera acadêmica, mas se insere em um projeto mais amplo de reconstrução da justiça penal em bases verdadeiramente democráticas, garantistas e emancipatórias. Trata-se, em última instância, de afirmar que nenhuma ordem normativa merece ser preservada às custas da dignidade de quem é sistematicamente colocado à margem dela.

REFERENCIAIS

- BECCARIA, Cesare, Marchese Di. 1738-1794. **Dos Delitos e das Penas** / Cesare Beccaria; Tradução Paulo M. Oliveira – [Ed. Especial] – Rio de Janeiro: Nova Fronteira. 2011. Disponível em: https://www.google.com.br/books/edition/Dos_Delitos_e_Das_Penas/NSOpDwAAQBAJ?hl=pt-PT&gbpv=1&dq=cesare+beccaria+dos+delitos+e+das+penas&printsec=frontcover
- CACICEDO, Patrick Lemos. Pena e funcionalismo sistêmico: uma análise crítica da prevenção geral positiva / Patrick Lemos Cacicedo. São Paulo, 2014. Disponível em: chrome extension://efaidnbmnnibpcajpcgkclefindmkaj/https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-01122015-125435/publico/Dissertacao_Patrick_Cacicedo.pdf
- CACICEDO, Patrick.; MACHADO, Érica Babini L. A.; CABRAL, Maria Luiza M. D. A **Corte Interamericana de Direitos Humanos, e a atualização da teoria da execução penal no Brasil: o exemplo do cômputo em dobro**. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 11, n. 2, e1134, mai./ago. 2025. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v11i2.1134>
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal** / Luigi Ferrajoli. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramalhete. Imprenta: Petrópolis, Vozes, 2019.
- MARTINS, Ádria Luyse do Amaral. **Do silêncio à resistência: estupro como forma de tortura, decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos e os depoimentos das vítimas como subversão performativa da violência estrutural** / Belém, 2025
- MARTINS, Herbert Toledo; VERSIANI, Dayane Aparecida; BATITUCCI, Eduardo Cerqueira. **A polícia prende, mas a Justiça solta**. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, São Paulo, ano 5, n. 8, 2011. Disponível em: <https://doi.org/10.31060/rbsp.2011.v5.n1.86>
- MINISTÉRIO DOS DIREITOS HUMANOS E DA CIDADANIA. **Observatório Nacional dos Direitos Humanos disponibiliza dados sobre o sistema prisional brasileiro**. Gov.br. Brasília, 3 fev. 2025. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2025/fevereiro/observatorio-nacional-dos-direitos-humanos-disponibiliza-dados-sobre-o-sistema-prisional-brasileiro?>. Acesso em: 25. Set. 2025.