Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Rodrigo de Azevedo Martins

Finalidades da pena: do discurso à operacionalidade da pena privativa de liberdade no Brasil.

Mestrado em Direito

São Paulo

2022

Rodrigo de Azevedo Martins

Finalidades da pena: do discurso à operacionalidade da pena privativa de liberdade no Brasil.

Mestrado em Direito

Dissertação apresentada à Banca de Mestrado da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Penal, na área de concentração Direito Penal sob a orientação do Professor Doutor Gustavo Octaviano Diniz Junqueira.

São Paulo
2022

Rodrigo de Azevedo Martins

Finalidades da pena: do discurso à operacionalidade da pena privativa de liberdade no Brasil.

Mestrado em Direito

Banca examinadora:

_____

Prof. Dr. Gustavo Octaviano Diniz Junqueira
(PUC-SP)

_____

Prof. Dr. Oswaldo Henrique Duek Marques
(PUC-SP)

_____

Prof. Dr. Alamiro Velludo Salvador Netto
(FDUSP)

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, aos meus pais, Rosana e Mario, que me incentivam desde que consigo me lembrar. Ganhei na loteria no dia em que nasci. Agradeço, igualmente, aos meus avós maternos, Sandra e Marcos, pelo incessante apoio para que fosse possível concluir essa etapa. Estendo os agradecimentos aos meus irmãos Pedro e Felipe, meus heróis, e a todos os demais familiares pela parceria e carinho. Amo todos vocês.

À querida amiga Julia Baroli Sadalla e ao querido amigo Fábio Suardi D'Elia, agradeço por sempre me enxergarem muito maior do que eu sou e por me encorajarem a tentar ingressar no mestrado. À todas as outras amigas e amigos, agradeço por toda a parceria, carinho, e por entenderem que a minha ausência nesses últimos tempos tinha uma razão importante para mim. À Letícia Meirelles, agradeço por sua imensa compreensão e apoio em todo esse processo.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Gustavo Octaviano Diniz Junqueira, agradeço pela oportunidade, pela orientação, pela atenção e pelo tempo dedicados a esta dissertação. Acima de tudo isso, contudo, agradeço pelo seu exemplo profissional, acadêmico e humano: essas são as lições verdadeiramente inesquecíveis.

RESUMO

O objetivo central deste trabalho é a investigação da legitimidade do sistema penal brasileiro sob o viés da racionalidade do discurso jurídico-penal que o sustenta, segundo os critérios formulados na obra de Eugenio Raúl Zaffaroni, especificamente no que diz respeito à finalidade da pena adotada no Brasil. O capítulo 1 apresenta a temática da punição no Estado Democrático de Direito. O capítulo 2 aborda as chamadas teorias retributivas ou absolutas da pena. O capítulo 3 desenvolve as teorias preventivas ou relativas da pena. O capítulo 4 aborda as teorias que acoplam, aditiva ou dialeticamente, diferentes finalidades da pena, na expectativa de superar as crises oriundas da adoção individual delas. O capítulo 5 tem por objetivo identificar a finalidade da pena em discurso no Brasil, descrever como o ordenamento jurídico prevê as condições e formas de cumprimento da pena privativa de liberdade, e apresentar o atual estado de coisas do sistema prisional brasileiro. O último capítulo se apoia nos critérios formulados por Eugenio Raúl Zaffaroni para examinar a racionalidade do discurso jurídico-penal brasileiro a respeito da finalidade da pena e verificar a legitimidade do sistema penal pátrio, objetivo central desta dissertação. Concluímos que o discurso jurídico-penal brasileiro referente à finalidade da pena não cumpre nenhum dos critérios de racionalidade e, assim, não há como insistir na legitimidade do sistema penal pátrio.

Palavras-chave: Finalidades da pena. Discurso jurídico-penal. Racionalidade. Legitimidade. Sistema penal.

ABSTRACT

The main objective of this work is to investigate the penal system legitimacy under the perspective of the judicial-penal discourse's rationality that sustains it, regarding Eugenio Raúl Zaffaroni's standards, especially concerning the purpose assigned to the criminal punishment in Brazil. Chapter 1 discusses the punishment in the Democratic State under the Rule of Law. Chapter 2 displays the retributive or absolute theories of punishment. Chapter 3 presents the preventive or relative theories of punishment. Chapter 4 introduces the theories of punishment that combine multiple theories in order to overcome the issues that they present when individually analysed. Chapter 5 identifies what is the purpose assigned to the criminal punishment in Brazil, describes how the legal system establishes conditions and forms of imprisionment, and presents the prison system in practice. The last chapter stems from Eugenio Raúl Zaffaroni's standards in order to test the judicial-penal discourse's rationality regarding the purpose assigned to the criminal punishment and thus verify the brazilian penal system legitimacy, which is the main objective of this work. We have concluded that the judicial-penal discourse regarding the purpose assigned to the criminal punishment does not accomplish any rationality criteria and, therefore, it is not possible to sustain the legitimacy of Brazil's penal system.

Keywords: Theories of punishment. Judicial-penal discourse. Racionality. Legitimacy. Penal system.

LISTA DE FIGURAS

Gráfico 1 - Composição da população privada de liberdade por população - gênero masculino (janeiro a junho de 2022). 201

Gráfico 2 - Composição da população privada de liberdade por população - gênero feminino (janeiro a junho de 2022). 202

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 - Déficit de vagas no sistema prisional estadual para indivíduos do gênero masculino no primeiro semestre de 2022. 175
Tabela 2 - Déficit de vagas no sistema prisional estadual para indivíduos do gênero feminino no primeiro semestre de 2022. 175
Tabela 3 - Taxa de lotação a partir da capacidade estimada de cada regime de cumprimento de pena e de vagas provisórias para o gênero masculino. 178
Tabela 4 - Taxa de lotação a partir da capacidade estimada de cada regime de cumprimento de pena e de vagas provisórias para o gênero feminino. 178
Tabela 5 – Quantidade aproximada de vagas para cada regime de prisão; quantidade de pessoas presas e taxa de lotação – Gênero masculino. 179
Tabela 6 - Quantidade aproximada de vagas para cada regime de prisão; quantidade de indivíduos presos e taxa de lotação – Gênero feminino. 180
Tabela 7 - Quantidade de pessoas cumprindo penas privativas de liberdade em estabelecimentos destinados às prisões provisórias – Gênero masculino. 181
Tabela 8 - Quantidade de pessoas cumprindo penas privativas de liberdade em estabelecimentos destinados às prisões provisórias – Gênero feminino. 181
Tabela 9 - Estrutura geral dos estabelecimentos penais brasileiros. 183
Tabela 10 - Estrutura geral do regime fechado no Brasil. 184
Tabela 11 - Estrutura geral do regime semiaberto no Brasil. 185
Tabela 12 - Estrutura geral do regime aberto no Brasil. 186
Tabela 13 – Estrutura física da assistência à saúde nos estabelecimentos penais brasileiros. 188
Tabela 14 - Módulos de saúde nos estabelecimentos penais estaduais. 189
Tabela 15 - Módulos de saúde nos estabelecimentos penais federais. 190

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO **10**

1. Punir em um Estado Democrático de Direito. **14**

1.1. O Estado Democrático de Direito. 15

1.2. A dignidade da pessoa humana como fundamento. 27

1.3. Princípios constitucionais orientadores do poder de punir. 36

1.3.1. Princípio da reserva legal ou legalidade estrita. 38

1.3.2. Princípio da humanidade das penas. 43

1.3.3. Princípio da culpabilidade e individualização da pena. 47

1.3.4. Princípio da intranscendência da pena. 49

1.3.5. Princípio da proporcionalidade. 51

1.4. Porque e para que punir. 53

2. Teorias retributivas ou absolutas da pena. **60**

2.1. A pena como vingança. 61

2.2. A pena como expiação. 67

2.3. A pena como retribuição moral em Immanuel Kant. 71

2.4. A pena como retribuição jurídica em Georg Wilheim Friedrich Hegel. 79

2.5. Teorias absolutas da pena, neo-retributivismo e o necessário abandono da pena enquanto pura retribuição. 84

3. Teorias preventivas ou relativas da pena. **89**

3.1. Prevenção geral. 90

3.1.1. Prevenção geral negativa 91

3.1.2. Prevenção geral positiva. 100

3.1.2.1. Prevenção geral positiva fundamentadora. 101

3.1.2.2. Prevenção geral positiva limitadora. 108

3.2. Prevenção especial. 116

3.2.1. Prevenção especial positiva. 120

3.2.2. Prevenção especial negativa. 135

3.3. Considerações finais sobre as teorias preventivas da pena. 137

4. Teorias mistas da pena. 139

4.1. Teorias mistas aditivas da pena. 139

4.2. Teorias mistas dialéticas da pena. 141

5. Discurso jurídico-penal e a operacionalidade da pena privativa de liberdade no Brasil. 151

5.1. A(s) finalidade(s) da pena no ordenamento jurídico brasileiro. 152

5.2. A pena privativa de liberdade. 156

5.3. A operacionalidade da pena privativa de liberdade no Brasil. 164

6. A aferição da racionalidade do discurso jurídico-penal como condição de legitimidade do sistema penal pátrio. 207

6.1. A coerência interna do discurso jurídico-penal. 207

6.2. O valor de verdade quanto à operatividade social do discurso jurídico-penal. 213

CONCLUSÕES 234

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 237

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo principal a investigação da legitimidade do sistema penal brasileiro sob o viés da racionalidade do discurso jurídico-penal que o sustenta, segundo os critérios formulados na obra de Eugenio Raúl Zaffaroni, especificamente no que diz respeito à finalidade da pena adotada no Brasil.

Entre os objetivos secundários da pesquisa estão a demonstração da importância em se aferir a racionalidade do discurso jurídico-penal adotado, visto que se torna ilegítimo qualquer sistema penal que se ampare em um discurso jurídico-penal irracional. Também entre os objetivos secundários estão (i) a apresentação, de forma crítica, das teorias legitimadoras da pena, (ii) a inspeção das bases de dados do sistema prisional brasileiro para que se verifique sua operacionalidade e (iii) a verificação de compatibilidade entre discurso e prática, como requisito de racionalidade do discurso jurídico-penal segundo os critérios da obra de Eugenio Raúl Zaffaroni.

Em que pese haver certo consenso quanto à precariedade do sistema prisional brasileiro, muitas vezes comparado a masmorras do medievo, pouco se discute na arena política e nos grandes veículos de mídia sobre esse quadro. As soluções mais comumente propagadas são o incremento do rigor penal para desestimular a prática de crimes, a construção de novos estabelecimentos penais para que sejam reduzidos os índices de superlotação e, de tempos em tempos, ganha força o inconstitucional discurso acerca da execução dos apenados ditos irrecuperáveis.

A ideia de que deve sobrevir uma punição a todo crime representa, à maior parte das pessoas, um dogma, sendo a prisão uma resposta praticamente automática no imaginário popular aos crimes bárbaros e violentos. Em meio a esse cenário, todavia, parecemos ter esquecido de duas questões fundamentais: por que e para que punir? Há quem diga que a punição é devida simplesmente porque o crime não pode permanecer impune. Há quem defenda, por sua vez, que a punição é civilizatória e construtiva ao indivíduo que a sofre, e que em virtude dela se tornará um cidadão melhor. Há quem afirme, por sua vez, que é preciso punir para incutir na sociedade o medo de ser punido. Sem qualquer dificuldade, é possível notar que diversas justificativas são possíveis e, assim, é fundamental compreender por que e para que se pune no Brasil e qual é a finalidade da pena adotada pelo ordenamento

jurídico pátrio.

Enquanto Estado Democrático de Direito, o Brasil não pode se utilizar de uma punição que contradiga os valores democráticos assumidos em nível infraconstitucional, constitucional e internacional, devendo ela ser racionalmente justificada. Com efeito, o discurso jurídico-penal deve ser coerente com os aludidos valores e, mais do que isso, o funcionamento prático da pena privativa de liberdade deve ser compatível com os compromissos assumidos, sob pena de transformar a pena em mero exercício autoritário de poder.

O primeiro capítulo aborda a temática da punição em um Estado Democrático de Direito. Apresentamos os conceitos de Estado Democrático de Direito e de dignidade da pessoa humana, alicerce primordial da contemporânea concepção de Estado. Após, discorremos sobre princípios e noções indispensáveis à compreensão democrática do instrumento estatal que se convencionou chamar de pena, para, finalmente, apresentamos a problemática que gira em torno das questões “por que punir?” e “para que punir?”, bem como a sua ligação com a legitimidade do sistema penal como um todo.

Por ser necessário identificar a finalidade da pena adotada em discurso pelo ordenamento jurídico brasileiro, apresentamos as teorias legitimadoras da pena, identificando, individualmente, suas características, bem como apontando as críticas a seu respeito.

O capítulo 2, assim, apresenta as chamadas teorias retributivas ou absolutas da pena. Apresentamos a pena enquanto vingança e expiação, sem olvidar a construção da retribuição moral, formulada por Immanuel Kant, e retribuição jurídica, cunhada por Georg Wilheim Friedrich Hegel. Por fim, comentaremos sobre o chamado neo-retributivismo ao retomar as razões pelas quais as teorias da retribuição não podem justificar a pena.

O capítulo 3 apresenta as teorias preventivas ou relativas da pena. Iniciando pelas propostas de prevenção geral, abordaremos a teoria da prevenção geral negativa com ênfase na construção Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach, idealizador de sua expressão mais difundida. Em seguida, exporemos duas das vertentes mais célebres da prevenção geral positiva: a proposta fundamentadora de Günther Jakobs e as propostas limitadoras de Claus Roxin e Winfried Hassemer.

Prosseguindo, discorreremos sobre as teorias de prevenção especial positiva e negativa. Por último, demonstraremos por quais motivos a prevenção é incapaz de orientar a pena no Estado Democrático de Direito.

O capítulo 4, por sua vez, aborda as teorias da pena que acoplam, aditiva ou dialeticamente, diferentes finalidades da pena, na expectativa de superar as crises oriundas da adoção individual delas.

Apresentadas as teorias acerca das finalidades da pena, o capítulo 5 tem por objetivo identificar, em primeiro lugar, qual é a opção adotada pelo Brasil. Após, descreveremos a planificação da pena privativa de liberdade, ou seja, como são previstas no ordenamento jurídico as condições e formas de execução. Enfim, trabalharemos essencialmente com relatórios de dados de abrangência nacional de natureza quantitativa e qualitativa acerca da estrutura do sistema prisional elaborados pelos Poderes Executivo e Judiciário, expectativa de revelar o atual estado de coisas do sistema prisional brasileiro e possibilitar o exame de racionalidade do discurso jurídico-penal.

O último capítulo, assim, se apoia nos critérios formulados por Eugenio Raúl Zaffaroni para examinar a racionalidade do discurso jurídico-penal brasileiro a respeito da finalidade da pena e verificar a legitimidade do sistema penal pátrio, objetivo central desta dissertação.

O exame da racionalidade do discurso jurídico penal-pátrio e a consequente verificação de compatibilidade entre a finalidade da pena adotada em discurso pelo ordenamento jurídico-penal brasileiro e a operacionalidade da pena privativa de liberdade advém de um estudo descritivo e exploratório.

É descritivo na medida em que se ampara em extensa pesquisa bibliográfica centrada em estudos penais e criminológicos acerca das teorias legitimadoras da pena, assim como da pena privativa de liberdade no Brasil tanto em teoria quanto na prática.

Outrossim, é exploratório porque pretende descobrir se é possível afirmar a racionalidade do discurso jurídico-penal brasileiro referente à finalidade da pena, assim como a compatibilidade entre o discurso jurídico-penal adotado pelo Brasil e a operacionalidade da pena privativa de liberdade imposta. A comparação dos estudos dogmáticos e criminológicos acerca das teorias legitimadoras da pena com dados

estatísticos e concretos a respeito da realidade da pena privativa de liberdade possibilitará a resposta à indagação.

O presente trabalho fomenta o debate acerca da crise que assola o sistema prisional, oferecendo uma visão crítica sobre a fundamentação da pena enquanto pretenso instrumento democrático e apresentando dados concretos sobre as condições em que os indivíduos privados de liberdade são submetidos no Brasil, demonstrando, na teoria e na prática, a aderência, ou não, da pena privativa de liberdade ao Estado Democrático de Direito.

1. Punir em um Estado Democrático de Direito.

A investigação da legitimidade do sistema penal pátrio, por meio do estudo da aplicação da pena privativa de liberdade, merece distinto rigor. Evidenciamos e desenvolvemos neste capítulo as premissas das quais partimos e que nortearão o restante do trabalho. A necessidade de fazê-lo decorre do fato de que o nosso objeto de estudo não é um dado estanque ou preconcebido, mas, sim, uma realidade construída e em permanente modificação[1], de modo que seria impossível examiná-la de forma neutra ou imparcial. Qualquer análise que se busque empreender, portanto, será inevitavelmente sugestionada. Assumimos, dessa forma, que a presente dissertação não é – e nem poderia ser – neutra.

O reconhecimento de que o exame realizado é axiologicamente definido não implica, todavia, que deva ser encarado com menor seriedade ou que possua menos credibilidade. A lógica é precisamente contrária, pois a defesa da neutralidade valorativa no estudo do Direito Penal, como assevera André Copetti, busca tão somente "dar maior credibilidade a um discurso cuja posição ideológica é inconfessável sob pena de perda total da confiança no próprio sistema"[2].

Qualquer decisão e escolha realizada dentro do Direito Penal é ideologicamente enviesada, assim como é qualquer análise sobre o Direito Penal e seus fins[3]. Desse modo, fixar as premissas e valores que sustentam o nosso raciocínio é medida inegociável para possibilitar o escrutínio do nosso estudo, assegurando-lhe confiabilidade e transparência. Mas não é só. Também necessitamos, nesse primeiro momento, desenvolver conceitos que são fundamentais à investigação motriz desse trabalho, para seja possível utilizá-los ao longo da exposição e ordenar nosso raciocínio.

Partindo da premissa de que o Direito Penal possui compromisso irrevogável

---

[1] É salutar a afirmação de Marcia Dometila no sentido de que "o Direito não pode mais ser considerado como uma totalidade orgânica de regras postas, acabadas, mas passa a mostrar-se como um conjunto de princípio e normas de ação, em contínua mudança" (CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do Direito penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 29).

[2] COPETTI, André. *Direito penal e Estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, pp. 23-24.

[3] Segundo Eugenio Raúl Zaffaroni, esvaziar o conteúdo político do Direito penal importa em convertê-lo em "um saber depreciável em razão de seu vazio ético, que o converte em uma 'arma infernal' eventualmente útil para os mais letais desígnios de um Estado criminal" (*Direito penal humano e poder no século XXI*. Trad. Ílison Dias dos Santos; Jhonatas Péricles Oliveira de Melo. Salvador: EDUFBA, 2020, p. 13).

com os limites do Estado Democrático de Direito, endossamos André Copetti quando esse afirma que “qualquer abordagem do sistema e do saber penal que tenha uma mínima pretensão ética deve ser feita sob a ótica dos direitos humanos”[4][5]. Ainda, como propõe Eugenio Raúl Zaffaroni, é condição de legitimidade do sistema penal (entendido como “complexa manifestação do poder social”[6]), além do seu valor de verdade quanto à operatividade social, a coerência interna do discurso jurídico-penal, que também se materializa na ausência de contradição com a ordem constitucional e aos documentos produzidos pela comunidade internacional em matéria de direitos humanos[7], o que será abordado de forma detida no momento oportuno.

Desenvolveremos, portanto, o conceito de Estado Democrático de Direito e, em seguida, o conceito de dignidade da pessoa humana, alicerce primordial da contemporânea concepção de Estado. Após, discorreremos sobre princípios e noções indispensáveis à compreensão democrática do instrumento estatal que se convencionou chamar de pena, na expectativa de estreitar as balizas que permeiam o nosso entendimento. Finalmente, apresentaremos a problemática que gira em torno do porquê e para que punir, assim como sua ligação com a legitimidade do sistema penal.

1.1. O Estado Democrático de Direito.

A linha mestra que guia o raciocínio desenvolvido no presente escrito é a certeza de que o Brasil, como estabelecido no artigo inaugural de sua Constituição Federal, se constitui em Estado Democrático de Direito.

Seria incompatível com o propósito do presente trabalho, todavia, simplesmente lançar tal afirmação sem perscrutá-la, sob pena de reduzi-la a um

---

[4] COPETTI, André, op. cit., p. 51

[5] Adotaremos a definição de Antonio Enrique Pérez Luño, para quem direitos humanos são um “conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional” (tradução nossa). No original: “*conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamentos jurídicos a nivel nacional y internacional*” (PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitucion*. Madrid: Editorial Tecnos, 1984, p. 45).

[6] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Trad. Vania Romero Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. 5. ed, 6. reimp. Rio de Janeiro: Revan, 2018, p. 16.

[7] Ibidem, pp. 16-17.

enunciado performático[8].

Afirma José Afonso da Silva que o Estado Democrático de Direito não apenas engloba os elementos formais do Estado de Direito e do Estado Democrático, mas reúne seus princípios[9] e supera as duas noções, incorporando um "componente revolucionário de transformação do *status quo*"[10]. A adequada compreensão dessa assertiva, contudo, depende da retomada dos conceitos de Estado de Direito, Estado Social de Direito e Estado Democrático, amplamente trabalhados na doutrina nacional e estrangeira.

O Estado de Direito ou Estado Liberal de Direito pode ser entendido como aquele no qual se verifica, cumulativamente, a submissão ao império da lei, a divisão de poderes e o enunciado e garantia dos direitos individuais[11]. Surge como Estado liberal[12] pautado na ideia de liberdade, com o escopo de conter o poder político internamente – mediante sua divisão – e externamente – reduzindo suas funções perante a sociedade[13]. A noção de cidadania que aqui se verifica, contudo, é limitada à proteção dos direitos individuais, ou seja, é puramente individualista[14]. O Estado não deve interferir, mas somente garantir que coexistam e se desenvolvam as liberdades individuais[15].

---

[8] Georges Abboud utiliza o conceito para descrever os enunciados que, embora corretos, em abstrato, são vazios em sentido, não podendo ser invocados como fundamentos idôneos em decisões judiciais por estarem desvinculados da facticidade do caso concreto. Nas palavras do autor, são "fórmulas vazias, ou seja, frases soltas que não dizem nada" (ABBOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, pp. 336-337).

[9] Sem embargo da consideração da consagrada definição de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem "princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo como critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes do todo unitário que tem por nome sistema jurídico" (*Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, pp. 573-574), também adotamos, neste trabalho, a noção de princípio preconizada por Robert Alexy, que, em apertada síntese, aponta serem normas que determinam a realização de algo na maior intensidade possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, configurando verdadeiros mandamentos de otimização que podem ser satisfeitos em maior ou menor grau a depender dos princípios conflitantes e regras colidentes (*Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Trad. por Virgilio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 90).

[10] SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 43. ed. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 114.

[11] Ibidem, pp. 114-115.

[12] André Copetti faz a importante ressalva de que, apesar da concepção do Estado de Direito estar intimamente ligada ao pensamento germânico dos séculos XVII e XVIII, as raízes são muito anteriores, como a filosofia grega ("dike", "themis" e "nomos"), a "rule of law" inglesa, entre tantas outras (op. cit., p. 52).

[13] MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, t.1. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 87.

[14] COPETTI, André, op. cit., p. 54.

[15] PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, op. cit., p. 215.

É de se notar, como bem pondera José Afonso da Silva ao retomar a posição Carl Schmitt, que "a expressão 'Estado de Direito' pode ter tantos significados distintos como a própria palavra direito e designar tantas organizações quanto as a que se aplica a palavra 'Estado'"[16]. Justamente em virtude dessa polivalência o conceito de Estado de Direito demanda complemento capaz de delimitar seu conteúdo material e, ademais, reside nesse ponto a razão pela qual, com o decurso do tempo, o conceito se mostrou insuficiente.

O raciocínio de Hans Kelsen ilustra de forma clara o perigo que a carência material do conceito de Estado de Direito carrega. Conforme o autor, a expressão "Estado de Direito", grosso modo, representaria um pleonasmo, na medida em que somente o Direito positivo pode ser chamado de Direito e, por essa razão, todo Estado possuidor de Direito positivado necessita ser um Estado de Direito[17]. Se levada à cabo sem a densidade proposta pela teoria pura do Direito de Hans Kelsen, essa assertiva nos conduz a um caminho perigoso que, em última análise, "destrói qualquer ideia de Estado de Direito"[18], uma vez que a redução do Estado de Direito ao seu aspecto formal se traduz na renúncia a qualquer compromisso com o seu conteúdo, que é justamente o freio diante de qualquer espécie de inspiração autoritária.

Ainda, em que pese a submissão ao império da lei ser característica fundante do Estado de Direito, é preciso destacar que o princípio da legalidade é somente um de seus pilares. Converter o Direito em um conjunto de normas estabelecidas pelo Poder Legislativo importa em substituir o pretendido Estado de Direito por um Estado de Legalidade ou Estado legislativo, "o que constitui uma redução deformante"[19].

Fato é que o Estado de Direito nunca deixou de ser um conceito tipicamente liberal desenhado para que fossem asseguradas pretensões materiais burguesas[20], e, apesar dos avanços por ele trazidos, o passar do tempo demonstrou a necessidade de um Estado mais ativo e intervencionista, dotado de um Poder Executivo fortalecido,

---

[16] SILVA, José Afonso da, op. cit., p. 115.
[17] O autor afirma que tal assertiva só é verdadeira quando nos referimos "a um tipo especial de Estado, a saber, aquele que satisfaz aos requisitos da democracia e da segurança jurídica" (KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Trad: João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WWF Martins Fontes, 2009, p. 346).
[18] SILVA, José Afonso da, op. cit., p. 117.
[19] SILVA, José Afonso da, op. cit., p. 115.
[20] COPETTI, André, op. cit., p. 53.

mas não descontrolado, como nota Elias Díaz[21]. Assim é que sucedeu a transformação do Estado de Direito em Estado Social de Direito, com influência determinante do proletariado[22]. O individualismo clássico liberal foi superado pelo ideal de concretização dos direitos sociais, na medida em que a liberdade prezada pelo liberalismo só poderia se tornar substancial (geral) mediante a emancipação econômica[23] dos setores mais deprimidos[24]. Além disso, se percebe uma tentativa de compatibilizar o capitalismo e o do bem-estar social, o que fundamenta a "base ao neocapitalismo típico do Estado de Bem-Estar Social" (tradução nossa)[25].

O Estado liberal-burguês passa a reconhecer direitos do trabalho, da previdência, da educação, manipula a moeda, intervém na economia e, por conseguinte, na dinâmica da sociedade civil[26]. A concepção de cidadania também é transformada, passando a ser pautada pela possibilidade de "satisfação de direitos humanos sociais, igualitários, destinados a organizar a sociedade de forma mais justa"[27]. Nesse sentido, conforme Antonio Enrique Pérez Luño, a guinada social-democrática impõe ao Estado "a realização de determinados fins materiais que contribuam para uma reforma social e economicamente justa, em termos de justiça social e das condições de convivência" (tradução nossa)[28].

Aponta José Afonso da Silva, todavia, que a concepção do Estado Social de Direito se demonstrou igualmente insuficiente. A palavra 'social', em primeiro lugar, também admite múltiplas interpretações, de modo que inúmeras ideologias estabeleceram, a partir de sua própria visão de 'social' e de 'Direito', Estados sociais, merecendo destaque a Alemanha nazista, a Itália fascista, a Espanha franquista e o próprio Brasil desde a década de 1930[29]. É árdua, segundo Elias Díaz, a tarefa de precisar até que ponto o neocapitalismo típico do Estado de Bem-Estar Social estaria funcionando como instrumento para encobrir o que se pode denominar neofascismo,

---

[21] DÍAZ, Elias. *Estado de Derecho y Sociedad Democratica*. 8. ed. 4. Reimpresión. Madrid: Taurus, 1981, pp. 85-86.
[22] COPETTI, André, op. cit., p. 54.
[23] Ibidem, p. 54.
[24] PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, op. cit., p. 223.
[25] No original: "base al neocapitalismo típico del 'Welfare State'" (DÍAZ, Elias, op. cit., p. 92).
[26] COPETTI, André, op. cit., p. 54.
[27] Ibidem, p. 55.
[28] No original: "la realización de determinados fines materiales, que contribuyan a una reforma social y economicamente justa, en términos de justicia social, de las condiciones de convivência" (PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, op. cit., p. 224).
[29] SILVA, José Afonso da, op. cit., p. 118.

uma vez que seguiria presente a “tendência e propensão do capitalismo ao controle econômico monopolista e à utilização de métodos políticos de caráter totalitário e ditatorial” (tradução nossa)[30] que impedem uma movimentação mais aguda no sentido socialista[31].

O Estado Liberal de Direito e o Estado Social de Direito não são sinônimos de Estados Democráticos, como analisamos, especialmente pela vagueza dos conceitos, que admitem múltiplas compreensões, sem olvidar que os Estados Democráticos dependem, necessariamente, da efetivação da soberania popular, que, ressalte-se, não se exaure na simples formação das instituições representativas, dependendo também da participação efetiva e operante do povo na coisa pública[32].

O Estado Liberal se contrapõe ao Estado Democrático, nesse sentido, pois não supõe a participação popular na formação da vontade do Estado, e tampouco garante que todos têm direito igual à essa participação[33]. Na expectativa de conferir materialidade à igualdade, foi concebido Estado Social de Direito, que também falhou diante da ausência de força de suas cláusulas, tendo-lhes sido atribuído valor político, e não jurídico[34], o que as reduziu a sugestões, não imperativos.

A concepção do Estado Democrático de Direito, assim, é edificadora de uma sociedade verdadeiramente democrática, na medida em que positiva os chamados direitos naturais e os transforma em garantias de direitos subjetivos e individuais constantes das Constituições modernas[35] por meio de seus textos e de tratados internacionais de direitos humanos, impondo novos limites à atuação dos legisladores e demais poderes públicos[36]. Assumem especial relevância, nesse contexto, o Poder Judiciário e o Ministério Público, antes preteridos em detrimento do Poder Legislativo (no Estado Liberal de Direito) e, após, do Poder Executivo (no Estado Social de Direito), pois o Poder Judiciário se torna encarregado de garantir, via decisão, os

---

[30] No original: “esa tendencia y propensión del capitalismo al control económico monopolista y a la utilización de métodos políticos de carácter totalitário y dictatorial” (DÍAZ, Elías. *Estado de Derecho y Sociedad Democratica*. 8. ed. 4. Reimpresión. Madrid: Taurus, 1981pp. 105-106).

[31] Aqui compreendido enquanto tentativa de “realização social profunda pela prática dos direitos sociais”, merecendo nota o comentário de José Afonso da Silva no sentido de que, no lugar de Estado Social de Direito, formássemos um Estado de Direito Social (SILVA, José Afonso da, op. cit., pp. 118 e 122).

[32] SILVA, José Afonso da, op. cit., p. 118.

[33] Ibidem, p. 119.

[34] COPETTI, André, op. cit., p. 55.

[35] Ibidem, p. 57.

[36] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, pp. 355-356.

direitos fundamentais[37], enquanto ao Ministério Público incumbe a tarefa de provocar o primeiro mediante ações coletivas e *writs* constitucionais à sua disposição[38]. Como ressalta Eugenio Raúl Zaffaroni, a partir do momento em que são positivados os direitos humanos e inseridos no campo do dever ser, torna-se tarefa dos juristas "projetar o cumprimento deste mandado no campo da realidade social, ou seja, promover que esse dever ser se converta em ser na sociedade e no planeta"[39].

Nessa conjuntura, é preciso destacar o surgimento de uma nova forma de constitucionalismo que tem como marca a consagração da Justiça Constitucional[40] – e do controle de constitucionalidade –, *conditio sine qua non* para a proteção contramajoritária de direitos fundamentais, na medida em que o Poder Judiciário, no caso brasileiro[41], passa a ter legitimidade para cassar leis inconstitucionais aprovadas pela maioria parlamentar, protegendo, assim, a democracia da própria maioria[42].

Essa nova forma de constitucionalismo e a ideia de limitar o poder popular só seriam antidemocráticas se reduzíssemos o conceito de democracia à "prevalência da regra da maioria"[43]. Luigi Ferrajoli, por todos, sustenta que, embora o poder do povo de assumir – direta ou indiretamente – decisões públicas é condição essencial para a existência da democracia, é preciso ir além e reconhecer a existência de direitos fundamentais que operam como limitações ou vinculações materiais às referidas decisões, indicando o que é vetado ou obrigatório decidir[44], de modo que a contraposição das noções de constitucionalismo e democracia se caracteriza como

---

[37] Adotamos o conceito de direitos fundamentais como aquele "que engloba os direitos humanos universais e os direitos nacionais dos cidadãos" (ABBOUD, Georges, op. cit., p. 950), ou seja, direitos e garantias individuais, direitos sociais, direitos de nacionalidade e direitos políticos e dos partidos políticos (ABBOUD, Georges, op. cit., p. 1410).

[38] COPETTI, André, op. cit., pp. 56-57.

[39] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Direito penal humano e poder no século XXI.* Trad. Ílison Dias dos Santos; Jhonatas Péricles Oliveira de Melo. Salvador: EDUFBA, 2020, p. 77.

[40] Para um entendimento mais aprofundado acerca do alcance da Justiça Constitucional, cf. *Justiça Constitucional e suas fundamentais funções.* In: Revista de Informação Legislativa, a. 43, n. 171, jul./set., 2006; ABBOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 467 e ss.

[41] É que, embora no caso brasileiro o Supremo Tribunal Federal funcione como uma espécie de Tribunal Constitucional, único legitimado para exercer o controle abstrato de constitucionalidade, o modelo austríaco originário adota um Tribunal Constitucional que funciona como "órgão técnico específico, fora da estrutura do Poder Judiciário" (TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 332).

[42] ABBOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 952.

[43] STRECK, Lenio. *Verdade e consenso*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 112.

[44] FERRAJOLI, Luigi. *Poderes Selvagens: A crise na democracia italiana*. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 17/19.

um reducionismo perigoso[45].

Ainda sobre a problemática equivalência entre vontade da maioria e democracia, é preciso recordar o que afirma Ronald Dworkin sobre o conceito de "terreno comum" (tradução nossa)[46]. A democracia não pode ser compreendida simplesmente como vontade da maioria e, ressalta o autor, sua saúde depende necessariamente do estabelecimento de um "terreno comum", ou seja, do consenso mínimo atingido por suficiente parcela da população sobre princípios e valores humanos compartilhados, que possibilitem o debate público genuíno e a consequente tomada de decisões coletivas para que não se torne uma "tirania de números"[47], pois "de algum chão comum devemos partir"[48].

Considerando pessoas que compartilham, ainda que minimamente, de "princípios políticos básicos" (tradução nossa)[49], Ronald Dworkin compreende "debate" (tradução nossa)[50] como a discussão ou argumentação a respeito de quais políticas concretas melhor refletem esses princípios compartilhados[51]. O autor ainda aponta que a democracia pode ser saudável sem que haja um debate profundo, conquanto haja amplo consenso sobre o que precisa ser feito em termos práticos. Da mesma forma, ainda que não haja esse consenso sobre o que precisa ser feito, a democracia pode se manter saudável se estiver estabelecida uma cultura de debate. Não há como ser saudável, todavia, uma democracia com profundas e amargas polarizações e sem debate – no sentido estipulado pelo autor[52] – algum[53].

---

[45] Conforme Lenio Streck, "uma vontade popular majoritária permanente, sem freios contramajoritários, equivale à '*volonté générale*', a vontade geral absoluta propugnada por Rousseau, que se revelaria, na verdade, em uma ditadura permanente" (*Verdade e consenso*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 114).

[46] *Common ground*, no original, é um conceito utilizado por Ronald Dworkin e descrito como elemento essencial às democracias. Curioso destacar que a obra *"Is democracy possible here?*", na qual o autor discute a fundo o conceito, foi redigida após a eleição presidencial de 2004 nos Estados Unidos. Segundo Ronald Dworkin, se verificou a ausência quase completa de debate político substancial e a profunda polarização da população naquelas eleições, adoecendo a democracia estadunidense (DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here?: principles for a new political*. Princeton: Princeton University, 2008).

[47] DWORKIN, Ronald, op. cit., p. 6.

[48] ABBOUD, Georges, op. cit., p. 1408.

[49] No original: "basic political principles" (DWORKIN, Ronald, op. cit., pp. 4-5).

[50] No original: "argument" (DWORKIN, Ronald, op. cit., pp. 4-5).

[51] DWORKIN, Ronald, op. cit., pp. 4-5.

[52] É motivo de profunda preocupação, inclusive, que no Brasil sequer seja consensual a noção da democracia como regime ideal, tendo em vista a frequente ocorrência as manifestações populares por uma imediata intervenção militar. Conforme Georges Abboud, "é um saudosismo reacionário do período de exceção que a Constituição vigente busca superar como o marco civilizatório fundante da nossa contemporânea democracia constitucional" (ABBOUD, Georges, op. cit., p. 1408).

[53] DWORKIN, Ronald, op. cit., p. 6.

Feitas as breves considerações acerca da prejudicial redução da democracia à ideia de vontade da maioria, prosseguiremos a nossa análise sobre a estruturação e características do Estado Democrático de Direito.

Segundo José Afonso da Silva, em razão do que classifica como "princípio da constitucionalidade" o Estado Democrático de Direito encontra seu fundamento de legitimidade em uma "Constituição rígida, emanada da vontade popular, que, dotada de supremacia, vincule todos os poderes e atos deles provenientes"[54]. Ainda conforme o autor, poderíamos sustentar a existência de um "princípio democrático", do qual se extrai a necessidade de se estabelecer uma democracia não somente representativa, mas participativa e pluralista[55], sendo certo, como ressaltamos, que não se exaure a democracia na vontade da maioria[56]. A jurisdição constitucional, repisamos, deve exercer a função contramajoritária de proteção dos referidos direitos fundamentais, sendo a sua preservação um requisito essencial para a estruturação do Estado moderno sob o aspecto formal e material[57].

O Estado Democrático de Direito não é apenas a fusão formal dos conceitos de Estado de Direito e de Estado Democrático, mas um conceito novo[58] que impõe à ordem jurídica e à atividade estatal um "conteúdo utópico de transformação da realidade"[59] e se funda, no caso brasileiro, na dignidade da pessoa humana, na soberania do Estado, na cidadania, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e no pluralismo político.

Diferentemente da igualdade formal assegurada pelo Estado de Direito, o Estado Democrático de Direito tem a função precípua de assegurar a igualdade material, tratando desigualmente os socialmente desiguais. O compromisso básico do Estado Democrático de Direito, por conseguinte, pode ser resumido em harmonizar

---

[54] SILVA, José Afonso da, op. cit., p. 124.
[55] Ibidem, p. 124.
[56] Argumenta Georges Abboud que a democracia não pode ser traduzida como sinônimo de maioria por um motivo simples: "a maioria degenera" (op. cit., p. 1403).
[57] ABBOUD, Georges, op. cit., p. 953.
[58] Interessante apontar, como faz José Afonso da Silva, que a Constituição Portuguesa não instaura o Estado Democrático de Direito, mas, sim, o Estado de Direito Democrático. Mais acertada é a opção brasileira, na medida em que o adjetivo "democrático" qualifica o Estado, de modo que os valores democráticos irradiam sobre todos os seus elementos constitutivos e, por conseguinte, sobre a ordem jurídica, obrigando com que ela tenha que ajustar ao interesse coletivo. Em que pese a Constituição Portuguesa atribuir ao Estado de Direito Democrático o conteúdo básico do Estado Democrático de Direito, a opção brasileira é mais segura (op. cit., p. 121).
[59] BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Do Direito Social aos Interesses Transindividuais*. 1995. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1995, p. 94.

os interesses da esfera pública, privada e coletiva, ou seja, os interesses do Estado, do indivíduo e dos indivíduos enquanto grupo[60]. Para Maria Dometila Lima de Carvalho, trata-se de um Estado que "visa a legitimar-se como um Estado de justiça social concreta"[61], fundamentado na realização dos direitos humanos[62]. No mesmo sentido, afirma José Afonso da Silva que se vislumbra a tendência à superação do ideal capitalista, na expectativa de que se configure um "Estado promotor de justiça social"[63].

Diante do que expusemos até aqui, a afirmação trazida no início desse subcapítulo, no sentido de que o Brasil se constitui em um Estado Democrático de Direito, deixa de ser um enunciado performático e se reveste da devida densidade.

A Constituição, nesse sentido, se traduz no "*locus* no qual se deve buscar tanto a fonte máxima do Direito como os critérios para a identificação legítima das demais fontes do Direito"[64], sendo certo que o Direito Penal também deve buscar sua legitimação na ordem constitucional. Mas não é só: o Direito Penal deve, também, funcionar como instrumento à consecução e manutenção do Estado Democrático de Direito[65].

Aqui fixamos a principal premissa do estudo pretendido: o Direito Penal jamais poderá se contrapor ao Estado Democrático de Direito e seus princípios, revestindo-se de legitimidade somente quando estiver em absoluta harmonia com a Constituição Federal.

É preciso destacar que não apenas o Direito Penal enquanto trabalho dos penalistas ou doutrina jurídico-penal – segundo Eugenio Raúl Zaffaroni[66] – precisa buscar conformação na Constituição Federal, mas, também, as leis penais e o restante do sistema penal formal, a saber, as agências executivas e policiais. Significa

---

[60] COPETTI, André, op. cit., p. 58.
[61] CARVALHO, Marcia Dometila de, op. cit., p. 27.
[62] COPETTI, André, op. cit., p. 79.
[63] SILVA, José Afonso da, op. cit., p. 122.
[64] TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 59.
[65] Para maiores incursões em propostas de como instrumentalizar o Direito Penal para a consecução e manutenção do Estado Democrático de Direito, cf. CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do Direito penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992; COPETTI, André. *Direito penal e Estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Direito penal humano e poder no século XXI.* Trad. Ílison Dias dos Santos; Jhonatas Péricles Oliveira de Melo. Salvador: EDUFBA, 2020.
[66] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Direito penal humano e poder no século XXI. Trad. Ílison Dias dos Santos; Jhonatas Péricles Oliveira de Melo. Salvador: EDUFBA, 2020*, p. 11.

dizer que além da produção doutrinária e da atividade jurisdicional em matéria penal, precisam passar pelo filtro constitucional – formal e material –, igualmente, a atividade legislativa dos representantes eleitos, o trabalho diário das polícias em sentido amplo, dos agentes penitenciários, dos membros do Ministério Público, da Defensoria Pública e dos advogados para que sejam considerados legítimos. A pena, nesse contexto, conforme Gustavo Octaviano Diniz Junqueira, "não pode ter outra finalidade que não seja a promoção da democracia de direito, ou, ainda, a busca dos fins que o Estado brasileiro procura, elencados expressamente na Constituição"[67]. Desse modo, nos interessa afastar a falsa dicotomia que costuma ser estabelecida entre os direitos e garantias individuais do cidadão afetado pelo Direito Penal, em especial pela pena, e o interesse público[68] em ter o direito social à segurança pública, conforme o artigo 6º da Constituição Federal.

Em primeiro lugar, é preciso ter em mente o Direito Penal é, via de regra, reativo e *ultima ratio*, ou seja, é o último recurso à disposição do Estado, só devendo ser utilizado quando todas as outras formas de intervenção forem insuficientes, como afirma Rodrigo Duque Estrada Roig[69]. Assim, há que se considerar que a segurança pública, na maioria dos casos, já foi afetada quando o Direito Penal atua – é *ex post*, portanto –, sendo possível e, talvez, mais profícuo, trabalhar com alternativas visando não apenas a sua proteção, mas seu incremento. Ademais, a punição de indivíduos alegadamente perigosos, ou seja, a punição em razão do risco ou da potencial afetação da segurança pública, mais se coaduna com o que se convencionou chamar Direito Penal do inimigo[70], incompatível com o Direito Penal do cidadão, razão pela qual há de se ter extrema cautela com esse tipo de construção.

Em segundo lugar, não é demais recordar que também é de interesse público

---

[67] JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri/SP: Manole, 2004, p. 8.

[68] No dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello, "interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem" (op. cit., p. 62).

[69] Conforme o autor: "a punição criminal, em virtude de seus efeitos nefastos e estigmatizantes, deve ser reservada apenas aos casos de extrema necessidade, quando a defesa de certo interesse ou valor não pode ser viabilizada por instrumentos de atuação não penais (sanção civil, administrativa etc.). A 'solução' penal é, portanto, a *ultima ratio* (última razão) do direito, somente devendo ser aplicada em virtude de graves violações aos interesses ou valores mais relevantes" (ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal: teoria crítica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 66).

[70] Enquanto o Direito Penal do cidadão mantém, segundo Günther Jakobs, a vigência da norma, o Direito Penal do inimigo combate perigo (*Direito penal do inimigo*. Org. e Int. Luiz Moreira e Eugênio Pacelli de Oliveira. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 8).

que os direitos e garantias individuais em todas as fases da persecução penal sejam assegurados na maior medida possível, pois, conforme Aury Lopes Junior, são "verdadeiros direitos de todos e de cada um de nós, em relação ao (ab)uso de poder estatal"[71]. A eficiência do Direito Penal não está necessariamente ligada ao número de condenações obtidas[72], mesmo porque, como argumenta Winfried Hassemer[73]:

> Um conceito mais sofisticado de efetividade não pode levar em conta apenas os efeitos imediatos da ameaça de pena e da execução de pena; ele deve levar em conta que uma proteção "efetiva" dos bens jurídico-penais somente pode ser esperada a longo prazo, quanto os homens estimam os bens jurídicos pelo bom senso em vez de pelo temor. A "efetividade" deve ser concebida pelas pessoas às quais se dirigem as normas jurídico-penais.

A intenção de proteger e garantir a segurança pública não pode servir como álibi retórico para restringir direitos e garantias individuais e justificar autoritarismos. Por tudo o que expusemos, o Estado Democrático de Direito tem como um de seus primados a proteção contramajoritária de direitos fundamentais, e o Direito Penal deve necessariamente estar alinhado a esse propósito. Não pode, assim, o Direito Penal se traduzir em um instrumento da maioria voltado à opressão de minorias, da mesma forma que não há como se sustentar, no atual contexto-histórico, que a função precípua do Direito Penal seja a de punir, embora seja intrinsecamente violento. Sendo certo que o Direito Penal contemporâneo possui clara inspiração nos ideais liberais iluministas[74], está intimamente ligado à noção de preservação de direitos individuais que freiem e tornem previsível a atuação do Estado. O Direito Penal positivado, por conseguinte, "não é um simples arrolar ordenado de sanções, mas um direito de liberdades[75]". Foi pensado e desenvolvido justamente para limitar o poder de punir de um Estado que não se curvava diante de suas próprias leis. Para compreender o papel de garantia do Direito Penal, é preciso ter em mente que a violência antecede a sua criação e existirá independentemente dele, que jamais será

---

[71] LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 40.
[72] Conforme Eugenio Raúl Zaffaroni, se todo o programa legislativo-penal fosse posto em prática, criminalizando todas as pessoas que incorrem em condutas tipificadas "produzir-se-ia o indesejável efeito de se criminalizar várias vezes toda a população", o que corresponde, segundo o autor, a "um pressuposto tão absurdo quanto a acumulação de material bélico nuclear capaz de aniquilar várias vezes toda a vida do planeta" (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Trad. Vania Romero Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. 5. ed, 6. reimp. Rio de Janeiro: Revan, 2018, p. 26).
[73] HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal (Einfürung in die Grundlagen des Strafrechts)*. Tradução da 2ª edição alemã, revisada e ampliada, de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre/RS: Segio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 421.
[74] JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri/SP: Manole, 2004, p. 18.
[75] Ibidem, p. 20.

capaz de cessá-la no seio da sociedade, mas, quando muito, contê-la.

Punição e poder punitivo não se confundem com Direito Penal, embora essa aproximação seja costumeiramente realizada. O exercício de poder do Estado que não se enquadra no esquema reparador do Direito privado ou na coerção direta do Direito administrativo é chamado de punitivo[76]. Quando encontra respaldo nas normas infraconstitucionais e constitucionais, diz-se que o Estado exerce, por suas agências executivas, poder punitivo lícito e formal. Por outro lado, a inconteste ocorrência de práticas como "torturas, prisões ilegais, execuções sem processo e desaparecimentos forçados e, inclusive, o sistema penal subterrâneo"[77] denotam a existência de um poder punitivo ilícito. Aos operadores do sistema jurídico, nesse contexto, incumbe somente o exercício do poder jurídico, que funciona como um "semáforo", nas palavras de Eugenio Raúl Zaffaroni, responsável pela interrupção ou pelo avançar do poder punitivo, acrescentando que o Direito Penal é "um discurso que se oferece aos juristas para regular o exercício de seu poder jurídico, ou seja, um projeto técnico-político de funcionamento do semáforo judicial de contenção do trânsito do poder punitivo"[78]. O Direito Penal e os operadores do sistema jurídico não determinam o exercício poder punitivo, por conseguinte, mas podem contê-lo mediante o emprego do poder jurídico.

Superado o ponto inicial e fixada a premissa de que o Direito Penal jamais poderá se contrapor ao Estado Democrático de Direito e seus princípios, revestindo-se de legitimidade somente quando estiver em absoluta harmonia com a Constituição Federal, o exame da legitimidade do sistema penal pátrio levando em consideração a operacionalidade da pena privativa de liberdade necessita, igualmente, do adequado desenvolvimento do conceito de dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, conforme o inciso III do artigo inaugural da Constituição Federal. Segundo Georges Abboud, é certo que "no paradigma constitucional do pós-guerra, a dignidade humana é fundamental também por ser a diretriz interpretativa de todos os direitos fundamentais"[79] revelando-se necessário o desenvolvimento conceitual do referido fundamento da nossa Constituição uma vez

[76] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Direito penal humano e poder no século XXI.* Trad. Ílison Dias dos Santos; Jhonatas Péricles Oliveira de Melo. Salvador: EDUFBA, 2020, p. 28.
[77] Ibidem, p. 29.
[78] Ibidem, p. 30.
[79] ABBOUD, Georges, op. cit., p. 1410.

que, conforme André Copetti “qualquer abordagem do sistema e do saber penal que tenha uma mínima pretensão ética deve ser feita sob a ótica dos direitos humanos”[80].

1.2. A dignidade da pessoa humana como fundamento.

A dignidade da pessoa humana é, sem dúvida, o filtro de legitimidade de toda ação do Poder Público[81] e valor fundamental da maior parte das ordens jurídicas que buscam constituir um Estado Democrático de Direito[82]. A ordem constitucional brasileira, como já destacamos, elencou a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. Nas palavras de Jorge Miranda, tal escolha teve como objetivo fazer com que a pessoa seja “fundamento e fim da sociedade”[83] ou, ainda, conforme Celso Ribeiro Bastos, demonstrar que “é um dos fins do Estado propiciar as condições para que as pessoas se tornem dignas”[84].

A natureza polissêmica da dignidade da pessoa humana, todavia, a torna um conceito de difícil definição. Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, “não é à toa que já se afirmou até mesmo ser mais fácil desvendar e dizer o que a dignidade não é do que expressar o que ela é”[85]. É que, diferentemente de outros direitos fundamentais, como a vida, a intimidade ou a integridade física, por exemplo, não se trata a dignidade de um aspecto específico da existência humana, mas de um valor próprio que identifica o ser humano como tal[86].

Adotamos a noção de dignidade da pessoa humana como limite e tarefa do Estado[87]. Ainda que seja necessário reconhecer a impossibilidade de confinar o

---

[80] COPETTI, André, op. cit., p. 51
[81] ABBOUD, Georges, op. cit., p. 1410.
[82] SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 37.
[83] MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, t.4. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 167.
[84] BASTOS, Celso Ribeiro; GANDRA MARTINS, Ives. *Comentários à Constituição do Brasil*, v. 1. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 425.
[85] SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, pp. 39-40.
[86] SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988: uma análise na perspectiva da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; CARBONELL, Miguel. *Direitos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 564.
[87] Adotamos a concepção de Ingo Wolfgang Sarlet no lugar da construção de dignidade enquanto prestação, a qual é retomada pelo autor ao trazer o raciocínio de Niklas Luhmann exposto em *Grundrechte als Institution*, segundo o qual cada um conquista sua dignidade por meio de “uma conduta autodeterminada e da construção exitosa de sua própria identidade” que, levada ao extremo, poderia privar de dignidade aqueles que não foram capazes de construí-la, embora seja necessário destacar que, conforme Ingo Wolfgang Sarlet, o próprio Niklas Luhmann jamais tenha defendido essa ideia

conceito a uma definição absoluta, uma vez que se encontra em permanente desenvolvimento, é preciso dar-lhe concretude e tornar a dignidade da pessoa humana um conceito jurídico-normativo operacional, sendo certo que podemos iniciar a tarefa de delimitação estabelecendo-a não somente como característica imanente da pessoa humana, na medida em que constitui "elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado"[88], mas como "valor especial e distintivo reconhecido em cada ser humano como sendo merecedor de igual respeito, proteção e promoção"[89].

Um dos maiores contributos à delimitação do conceito de dignidade da pessoa humana vem de Immanuel Kant, com a célebre construção a respeito da impossibilidade de reificação do ser humano e sua fundamentação na autonomia da vontade[90]:

> O homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, *existe* como fim em si mesmo, *não só como meio* para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas acções, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros serem racionais, ele tem sempre de ser considerado *simultaneamente como fim*[91].

O raciocínio kantiano é, até hoje, importante barreira que se coloca diante de ideias que tendem à utilização do ser humano enquanto um meio para um fim, e é dele que se extrai a conclusão no sentido de que a autonomia e o direito de autodeterminação de cada pessoa são elementos nucleares para a adequada noção de dignidade da pessoa humana, conforme Ingo Wolfgang Sarlet[92]. Contudo, é preciso reforçar que, no atual contexto histórico-social, se faz necessário expandir o

---

(SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 49).

[88] SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 41.

[89] SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988: uma análise na perspectiva da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; CARBONELL, Miguel. *Direitos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 567.

[90] KANT, Immanuel*. Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintana, Introdução de *Pedro Galvão*. Lisboa: Edições 70, 2019, p. 72.

[91] Acrescenta, ainda, que "os seres cuja existência depende, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chamam *coisas*, ao passo que os seres racionais se chamam *pessoas*, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo arbítrio (e é um objeto de respeito)" (KANT, Immanuel*. Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintana, Introdução de *Pedro Galvão*. Lisboa: Edições 70, 2019 p. 72).

[92] SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 45.

entendimento do raciocínio kantiano para além da compreensão inicial que a ele foi conferida.

A afirmação de que o pensamento iluminista reconhece o ser humano enquanto ser racional, por si só, é passível de críticas. Escancarando a profunda e alegadamente superada contradição do pensamento liberal dos séculos XVIII e XIX, Achille Mbembe, dialogando com Alexis de Tocqueville, destaca os questionamentos a respeito de os negros serem dotados dessa mesma humanidade e racionalidade que os (burgueses) europeus, se seriam os negros capazes de autogovernar-se, e se seria possível identificar a mesma manifestação de subjetividade e a presença de uma consciência[93]. Fato é que, ao fixar como perigosos potenciais todos os grupos subjugados e secundários na lógica econômica da época, o Iluminismo e o liberalismo europeu não relegaram à condição de irracionais somente a natureza, o planeta e demais animais, mas, também, os "habitantes do mundo colonizável"[94]. O colonialismo e o escravagismo, ressaltamos, foram condições fundamentais para o desenvolvimento econômico europeu nos séculos XVIII e XIX, na medida em que "forneceram meios de pagamento e matérias-primas cuja abundância abriu o espaço em que brotou uma classe industrial e mercantil"[95]. A condição de pessoa, e, portanto, a certeza da dignidade e a vedação à instrumentalização, permaneceram restritas ao burguês europeu, pois "o liberalismo, como a lua, mostra uma face e esconde a oposta, a do colonialismo e da escravidão, sem os quais não seria possível nascer a burguesia"[96]. A dignidade, assim, era atributo imanente de todo e qualquer ser humano racional, mas nem todo ser humano teve desde sempre sua humanidade reconhecida.

A cisão entre seres racionais e inimigos e a consequente negação da dignidade e humanidade a esses não foi uma característica isolada da construção liberal dos séculos XVIII e XIX. Se trata de uma constante que se renova sob diferentes roupagens e que permanece perceptível nos dias de hoje. Há inimigos mais ou menos explícitos a quem se nega diariamente a dignidade – teoricamente indissociável da existência humana –, merecendo destaque, para o nosso escrito, a esmagadora

---

[93] MBEMBE, Achille. *Crítica da razão negra*. Trad: Sebastião Nascimento. São Paulo: N-1 edições, 2018, p. 154.
[94] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Direito penal humano e poder no século XXI.* Trad. Ílison Dias dos Santos; Jhonatas Péricles Oliveira de Melo. Salvador: EDUFBA, 2020, pp. 107-108.
[95] Ibidem, pp. 107.
[96] Ibidem, pp. 107-108.

maioria da população prisional brasileira, tema este que será abordado no quinto capítulo desse estudo.

Menos difundida, mas não menos necessária à adequada sua compreensão, é o raciocínio de Ronald Dworkin a respeito das duas dimensões do conceito de dignidade da pessoa humana[97].

A primeira delas seria o "valor intrínseco", ou seja, cada vida possui um valor objetivo, intrínseco, sendo o sucesso ou o fracasso da vida humana importantes por si sós, independentemente de qualquer juízo subjetivo[98]. Assim, afirma Ronald Dworkin, em conclusão inspirada no raciocínio kantiano: "Uma pessoa não pode agir de maneira que negue a importância intrínseca de toda vida humana sem insultar a sua própria dignidade" (tradução nossa)[99].

A segunda dimensão, a "responsabilidade pessoal", pode ser sintetizada na autonomia de cada indivíduo no sentido de determinar que tipo de vida é a ideal para si. Não é dado a ninguém o direito de impor essa escolha. O indivíduo é livre, por exemplo, para seguir, à risca, uma determinada tradição religiosa, específicos preceitos de distintas filosofias e até mesmo filosofia nenhuma, pois a cada um é garantida a possibilidade de decidir, conforme seu íntimo julgamento, como deseja viver sua vida[100], sendo as escolhas éticas indevassáveis por terceiros ou maiorias[101].

Indaga-se, todavia, como proceder quando essas decisões afetam os demais. Decisões como seguir, ou não, as leis de trânsito, fumar dentro de um avião e agredir um colega de trabalho, por exemplo, ao contrário das primeiras, não poderão ser feitas por cada um, sendo tarefa do Estado fazê-las. A diferença entre as primeiras escolhas e essas, assegura Ronald Dworkin, é exatamente a diferença entre a ética e a moral: "nossas convicções éticas definem o que nós devemos considerar como uma vida boa para nós mesmos; nossos princípios morais definem nossas obrigações e

---

[97] Ronald Dworkin utiliza a expressão "princípios da dignidade" como equivalente à expressão "dimensões da dignidade" em determinados momentos da obra *"Is democracy possible here?*" ("*I shall therefore refer to them as principles or dimensions of dignity*". DWORKIN, Ronald, op. cit., p. 10), mas, em atenção à conceituação de "princípio" por nós adotada nesta dissertação, utilizaremos somente a expressão "dimensões".

[98] DWORKIN, Ronald, op. cit., p. 10.

[99] "No original: You cannot act in a way that denies the intrinsic importance of any human life without an insult to your own dignity" (DWORKIN, Ronald, op. cit., p. 16).

[100] Ibidem, p. 10.

[101] ABBOUD, Georges, op. cit., p. 1411.

responsabilidades com as outras pessoas" (tradução nossa)[102]. A dimensão da "responsabilidade pessoal" permite, segundo o autor, que o Estado nos obrigue a viver de acordo com as decisões coletivas de ordem moral, no sentido descrito, mas o impede de ditar convicções éticas[103]. São essas as duas dimensões da dignidade da pessoa humana segundo Ronald Dworkin, portanto – "valor intrínseco" e "responsabilidade pessoal".

Partindo do que já expusemos, é certo que a compreensão do conceito de dignidade da pessoa humana destacada nos permite concluir que não se atribui a alguém a dignidade, pois ela é atributo imanente de todo e qualquer ser humano[104]. Da imanência resulta, igualmente, a impossibilidade de destituir alguém de sua dignidade, ainda que se trate de uma porção ínfima dessa. Do mais fraterno, solidário e altruísta ser humano até o mais infeliz em suas escolhas, todos são, como as duas casas da antiga Verona, iguais em dignidade, impassíveis de instrumentalização ou coisificação. Ainda, nunca é demais reafirmar que, conquanto a noção de dignidade da pessoa humana esteja intimamente atrelada à liberdade de autodeterminação de conduta, nela não se esgota, pois também o absolutamente incapaz ou qualquer indivíduo que, por qualquer circunstância, tenha diminuída a capacidade de autodeterminar-se, será dotado da mesma dignidade que todos os demais[105][106].

Além da dimensão natural, inerente ou intrínseca ao ser humano, a dignidade da pessoa humana teria, ainda, uma dimensão cultural que a complementa e com ela interage. Essa seria resultado do trabalho da humanidade ao longo da história, já que o conteúdo da dignidade da pessoa humana não é puramente preconcebido, mas "determinado no contexto da situação concreta da conduta estatal e do

---

[102] No original: "Our ethical convictions define what we should count as a good life for ourselves; our moral principles define our obligations and responsabilities to other people" (DWORKIN, Ronald, op. cit., pp. 20-21).

[103] DWORKIN, Ronald, op. cit., p. 21.

[104] Ingo Wolfgang Sarlet, destacamos, acredita se tratar esse raciocínio de uma perspectiva ainda demasiadamente antropocêntrica, na medida em que privilegia o ser humano em detrimento dos outros seres vivos em virtude de sua racionalidade, sendo perfeitamente viável defender a dignidade da vida no atual contexto de reconhecimento do meio ambiente como valor fundamental (SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 35).

[105] SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 45.

[106] Aqui, também estaríamos expandindo a concepção kantiana de dignidade da pessoa humana, exatamente por reconhecê-la ao indivíduo incapaz de apresentar ou expressar sua própria vontade (LEITE, Georges Salomão. *Dever e Dignidade Humana na Fundamentação da Metafísica dos Costumes de Imanuell Kant*. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; CARBONELL, Miguel. *Direitos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 500).

comportamento de cada pessoa humana[107]", que "reclama uma constante concretização e delimitação pela práxis constitucional"[108].

É oportuno, ainda, evidenciar que a dignidade da pessoa humana não existe apenas onde a ordem jurídica a reconhece, por se configurar como dado prévio ao ser humano e como noção culturalmente construída. Todavia, não se desconhece que o Direito exerça papel essencial na sua promoção e proteção[109], questão essa que ganha relevância após a Segunda Guerra Mundial. A Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU, por todas, é um exemplo claro dessa tutela, já que enuncia em seu artigo primeiro que "todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos".

Como afirmamos anteriormente, adotamos a noção de dignidade da pessoa humana enquanto limite e tarefa do Estado. É limite porque baliza a atuação dos poderes públicos, representando valor inegociável, e é tarefa porque o Estado deve guiar suas ações para preservar a dignidade já existente e criar condições que possibilitem seu mais amplo exercício e fruição, pois se reconhece que os indivíduos, em geral, teriam mais dificuldade de atender suas necessidades existenciais básicas individualmente do que em concurso com o Estado ou com a comunidade[110]. Essa dificuldade, reafirmamos, se revela ainda maior quando consideramos os indivíduos que, por qualquer razão, tenham diminuída ou inexistente capacidade de autodeterminação, justificando assim a noção de dignidade da pessoa humana como tarefa, pois não somente a autonomia da vontade e a "racionalidade", em sentido amplo, podem ser considerados meios aptos à concretização da dignidade.

É seguro dizer, dessa forma, que a adequada compreensão da dimensão normativa da dignidade da pessoa humana é "ponto imprescindível para a construção do conceito de *common ground"*[111], que já tivemos a oportunidade de abordar nesta dissertação ("terreno comum").

---

[107] SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, pp. 46-47.
[108] SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988: uma análise na perspectiva da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; CARBONELL, Miguel. *Direitos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 565.
[109] SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 42.
[110] Ibidem, pp. 47-48.
[111] ABBOUD, Georges, op. cit., p. 1410.

Nos parece, assim, ideal a definição – em constante desenvolvimento, como adverte o próprio autor – de Ingo Wolfgang Sarlet:

> Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos[112].

No contexto brasileiro, André Ramos Tavares afirma que a dignidade da pessoa humana não seria um direito fundamental, mas fundamento da República, por opção constitucional[113]. Por sua vez, retomando Paulo Ferreira da Cunha e Fernando Ferreira dos Santos, André Luiz Costa Corrêa assevera que se trataria de algo mais do que um fundamento: seria, em relação ao sistema jurídico pátrio, "o critério e o parâmetro de valoração que lhe orienta a interpretação e compreensão, quanto o valor essencial que dá unidade de sentido ao sistema constitucional"[114]. Ingo Wolfgang Sarlet, por outro lado, defende que a dignidade da pessoa humana seria o princípio jurídico constitucional fundamental, na medida em que, resguardados os graus de intensidade de vinculação, todos os direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal brasileira têm na dignidade da pessoa humana seu elemento fundante e informador, o que também se aplica ao restante do ordenamento jurídico[115].

Do entendimento amplamente aceito da dignidade da pessoa humana enquanto princípio[116], é possível e necessário questionar se ele é absoluto, impassível

---

[112] SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 62.

[113] TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 447.

[114] CORRÊA, André Luiz*. Apontamentos sobre a dignidade humana enquanto princípio constitucional fundamental*. In: VELLOSO, Carlos Mário da Silva; ROSAS, Roberto; AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. (Coord.). *Princípios constitucionais fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins*. São Paulo: Lex, 2005, p. 118.

[115] SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, pp. 84-85.

[116] Nesse sentido, cf. TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 447; SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, pp. 84-85; CORRÊA, André Luiz*. Apontamentos sobre a dignidade humana enquanto princípio constitucional fundamental*. In: VELLOSO, Carlos Mário da Silva; ROSAS, Roberto; AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. (Coord.). *Princípios constitucionais fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins*. São Paulo: Lex, 2005, p. 118; MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 1997, p. 59.

de ser relativizado. Conforme Robert Alexy, cuja definição de princípio foi a eleita para orientar essa dissertação[117], acreditamos ser impossível sustentar a prevalência absoluta da dignidade da pessoa humana, noção essa também adotada por André Ramos Tavares[118] e Ingo Wolfgang Sarlet[119]. Nos é suficiente destacar que, na obra de Robert Alexy, princípios e regras são normas, sendo os primeiros mandamentos de otimização que reclamam a realização de algo na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, ao passo que as regras serão sempre satisfeitas ou insatisfeitas, ou seja, "contêm, portanto, determinações no âmbito do que é fática e juridicamente possível"[120].

Nas hipóteses de conflitos entre regras e colisões entre princípios a distinção se torna ainda mais evidente, na medida em que, no primeiro caso, salvo se houver uma cláusula de exceção que elimine o conflito, uma das regras necessariamente terá de ser declarada inválida e, então, extirpada do ordenamento jurídico[121]. De outra sorte, o princípio prevalente naquela situação concreta de colisão não obriga a aniquilação do outro, mesmo porque em outra circunstância de fato o princípio que deve prevalecer poderia ser justamente o que fora preterido. A colisão entre princípios será resolvida em atenção ao que Robert Alexy chama de sopesamento[122] ou ponderação, que tem como máximas a necessidade, a adequação e a proporcionalidade em sentido estrito, sendo as duas primeiras encarregadas de esclarecer as possibilidades fáticas e, a última, as jurídicas[123]. Desse sopesamento resulta "uma norma de direito fundamental atribuída, que tem estrutura de uma regra e à qual o caso pode ser subsumido"[124].

---

[117] Aqui, necessário frisar a crítica de Lenio Streck ao sopesamento ou ponderação propostos por Alexy, justamente por se tratarem, em última instância, de uma aposta no sujeito solipsista e na discricionariedade, ou seja, no arbítrio, "apenas sob a ilusão de um suporte metodológico" (*Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte/MG: Letramento: Casa do Direito, 2017, p. 154). Conquanto reconheçamos a força do argumento de Lenio Streck e, em certa medida, seu acerto, acreditamos ser possível operar democraticamente com a proposta alexyana, inclusive o sopesamento, para compreender o papel dos princípios e aproveitá-los no atual paradigma constitucional, reforçando o Estado Democrático de Direito.

[118] TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 455.

[119] SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, pp. 76-77

[120] ALEXY, Robert, op. cit., pp. 90-91.

[121] Ibidem, p. 92.

[122] Ibidem, p. 101.

[123] STRECK, Lenio. *Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte/MG: Letramento: Casa do Direito, 2017, p. 154

[124] ALEXY, Robert, op. cit., p. 103.

Ao analisar a possibilidade de existência de princípios absolutos e, mais especificamente, a questão da dignidade da pessoa humana como tal, Robert Alexy traz, em primeiro lugar, o óbice de que essa concepção demandaria uma modificação do conceito de princípios, pois exsurgiria uma contradição que inviabilizaria seu teorema da colisão: os direitos individuais fundamentados por um princípio absoluto não poderiam ser garantidos a mais de um sujeito de direito[125]. A impressão, segundo o autor, de que a dignidade da pessoa humana seria um princípio absoluto decorre, na realidade, de dois fatores[126]: (i) há, além do tratamento da dignidade da pessoa humana enquanto princípio, seu tratamento como regra pelo ordenamento – essa, sim, absoluta[127], por operar na lógica do "tudo ou nada"[128] –, e (ii) a imensa gama de condições em que o princípio da dignidade da pessoa humana prevalecerá em face de qualquer outro.

Isso não quer dizer que a dignidade da pessoa humana possa ser sacrificada ou violada, sobretudo diante de tudo o que expusemos até aqui. A dignidade da pessoa humana é, sem dúvida, alicerce do ordenamento jurídico brasileiro e, não à toa, o constituinte a elevou ao *status* de fundamento da República Federativa do Brasil. Há que se possibilitar, todavia, sua convivência harmônica com outros princípios "em homenagem à igual dignidade de todos os seres humanos"[129]. Ademais, se todos os direitos e garantias fundamentais do nosso ordenamento guardam alguma relação com a dignidade da pessoa humana, admitir sua relativização, em alguma medida, significa relativizar a própria dignidade da pessoa humana. Conforme Ingo Wolfgang Sarlet, é somente diante do caso concreto da norma de direito fundamental violada – e considerando a intensidade e natureza da ofensa – que se pode alcançar uma solução adequada à luz da Constituição Federal[130].

Ainda, outro exemplo claro da necessidade de compatibilizar a dignidade da pessoa humana aos demais valores e princípios preconizados pelo ordenamento pátrio, sem a pretensão de adentrar a complexa temática, é a discussão a respeito da

---

[125] ALEXY, Robert, op. cit., p. 111.
[126] Ibidem, pp. 111-113.
[127] Ao menos formalmente, como aponta André Ramos Tavares (*Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 455).
[128] SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 77.
[129] Ibidem, p. 79.
[130] Ibidem, p. 124.

prática de eutanásia ou de suicídio assistido, que contrapõe a dignidade da pessoa humana e a vida. Facilmente perceptível que não se trata, e nem poderia se tratar, de princípio absoluto.

Estabelecemos que o Direito Penal jamais poderia se contrapor ao Estado Democrático de Direito e seus princípios, revestindo-se de legitimidade somente quando estiver em absoluta harmonia com a Constituição Federal. É possível, agora, ir além, acrescentando que, enquanto princípio jurídico constitucional fundamental do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana também deve fundar e informar o Direito Penal e, mais especificamente, seu principal instrumento de atuação concreta: a pena.

A certeza de que a pena também deve ser pensada e operacionalizada sob a égide da dignidade da pessoa humana, todavia, não é suficiente para a análise que realizada nesta dissertação. A Constituição Federal brasileira, sem olvidar os tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário, apresenta um extenso rol de disposições[131] de direitos e garantias individuais relativas às penas, dos quais se extraem princípios essenciais à compreensão das já mencionadas balizas e limites do Direito Penal nessa matéria. Embora todos esses princípios de alguma forma remontem à dignidade da pessoa humana, não se pode desconsiderar o papel por eles exercido no plano normativo para incrementar as possibilidades de sua concretização, o que é essencial para a consolidação do Estado Democrático de Direito.

1.3. Princípios constitucionais orientadores do poder de punir.

Embora já tenhamos nos debruçado sobre os conceitos de Estado Democrático de Direito e de dignidade da pessoa humana, é igualmente necessária a exposição de certos princípios de direito penal relativos às penas. Como afirmamos no início deste capítulo, buscamos evidenciar, com a maior transparência possível, quais são as premissas e valores eleitos para orientar a nossa investigação a respeito da legitimidade do sistema penal pátrio. Ao estreitar as balizas que permeiam o nosso raciocínio, pretendemos não apenas densificar nossa análise, mas possibilitar, também, o seu escrutínio.

---

[131] Ou “enunciados normativos”, como anota Robert Alexy (op. cit., p. 66).

Em tempos de pamprincipiologismo[132], é preciso ter cautela. Se tudo é princípio[133], advertimos, nada é. Embora se reconheça a intenção de disseminar critérios aplicativos para incrementar a força normativa da Constituição, fazemos coro à Lenio Streck e denunciamos que o resultado pode ser precisamente o inverso: não se pode admitir a criação de enunciados *ad hoc* travestidos de princípios para a solução de problemas jurídicos concretos, sobretudo quando, não raras vezes[134], tais enunciados extrapolam os limites semânticos da Constituição Federal[135].

É certo que os textos dos enunciados normativos não costumam suficientemente abrangentes para expressar plenamente a carga axiológica das ordens constitucionais contemporâneas. Contudo, há dois pontos a serem considerados. Primeiramente, há que se ter cuidado com a enunciação indiscriminada de "princípios" muitas vezes tautológicos e inócuos[136], já contidos em garantias constitucionais e na própria compreensão da Constituição Federal no contexto do Estado Democrático de Direito, o que acaba por diminuir a força programática dos princípios (se tudo é princípio, nada é). Em segundo lugar, ainda que o enunciado normativo não se confunda com a norma[137], a interpretação conforme a Constituição é limitada, por mais óbvio que pareça, pela própria Constituição. Assim, o argumento de que a norma não se confunde com o enunciado normativo não pode servir de álibi retórico para que um determinado posicionamento incompatível com a Constituição seja alçado à condição de princípio.

---

[132] STRECK, Lenio. *Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte/MG: Letramento: Casa do Direito, 2017, p. 150.

[133] Lenio Streck traz uma lista exemplificativa de nada menos que trinta e sete "princípios" mencionados em decisões judiciais, artigos e livros jurídicos, que variam do "princípio da beneficência de Hipócrates" até o "princípio da cortesia" (*Verdade e consenso*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 556-571).

[134] Na prática forense é corriqueira, por exemplo, a presença do "princípio 'in dubio pro societate'" como fundamento jurídico para o recebimento da denúncia (cf. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 120.607. Rel. Min. Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador Convocado do TJ/PE). Brasília, DF, 10 de dezembro de 2019. Diário da Justiça 17 de dezembro de 2019). Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RHC%27.clap.+e+@num=%27120607%22)+ou+(%27RHC%27+adj+%27120607%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja> Acesso em: 10 de abr. de 2022.

[135] STRECK, Lenio. *Verdade e consenso*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 575.

[136] Citamos a análise de Lenio Streck sobre o "princípio lógico do processo civil": "por esse 'princípio', quer-se dizer que, na distribuição da justiça, deve-se utilizar as formas mais adequadas para concretizar a prestação jurisdicional. Se isso é um princípio, a pergunta que se põe é: o que não é um 'princípio'?" (*Verdade e consenso*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 568).

[137] Por todos, Robert Alexy: "uma norma é, portanto, o significado de um enunciado normativo" (op. cit., p. 54).

Persistindo na conceituação de princípio cunhada por Robert Alexy, não obstante se admita e se reconheça a existência de outros, optamos por aqueles que consideramos essenciais à compreensão democrática da pena e que serão retomados ao longo do trabalho. A nomenclatura, classificação e organização podem variar, mas, assim como Gustavo Junqueira e Patrícia Vanzolini, estamos certos de que "é mais importante compreender ideias que constituem esse vasto plexo de limites à atividade punitiva do Estado do que colecionar uma lista de nomes ou um organograma que se pretenda definitivo"[138].

1.3.1. Princípio da reserva legal ou legalidade estrita.

Optamos pela nomenclatura "princípio da reserva legal[139] ou legalidade estrita[140]" no lugar de "princípio da legalidade", uma vez que o princípio da legalidade possui abrangência maior, englobando, por exemplo, a garantia constitucional insculpida no artigo 5º, inciso II, que assegura inexistir obrigação de fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Nesse caso, compreende-se lei em sentido amplo, nos termos do artigo 59 da Constituição Federal, de modo que decretos, medidas provisórias e leis delegadas, por exemplo, podem crias as obrigações a que se refere o artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal. De outra sorte, o ordenamento constitucional pátrio assegura competir privativamente à União legislar, mediante lei ordinária federal, sobre matéria penal, e por isso se justifica a nossa opção pela nomenclatura "princípio da reserva legal".

A Constituição Federal traz em seu artigo 5º, inciso XXXIX, a enunciação de que "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal". A disposição é repetida no artigo primeiro do Código Penal, sem olvidar que a Lei de Execução Penal apresenta semelhante redação em seu artigo 45, dispondo que "não haverá falta nem sanção disciplinar sem expressa e anterior previsão legal ou regulamentar". Igualmente, temos a repetição da fórmula em Tratados Internacionais dos quais o Brasil é signatário, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da ONU e a

---

[138] JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. *Manual de Direito Penal: parte geral*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 34.
[139] BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007, p. 63.
[140] ROIG, Rodrigo Duque Estrada, op. cit., p. 42.

Convenção Americana de Direitos Humanos.

Não obstante a previsão constitucional, infraconstitucional e convencional, o princípio em comento é consagrado desde muito antes e, como aponta Lenio Streck, "quando se opta por fundar uma sociedade sob a égide de um Estado de Direito Democrático, a legalidade já está pressuposta"[141].

A doutrina não é unânime sobre o momento do seu surgimento. Possível atrelá-lo ao Estado Liberal (burguês)[142], cujas características já tivemos a oportunidade de expor. De outra sorte, há quem sustente a sua presença já na Magna Carta de 1215[143].

Em matéria penal, mais do que precisar a data de seu surgimento, o que realmente nos importa destacar é que, até hoje, o apontado princípio é a principal defesa do cidadão em face do Estado. Já em 1763, alertava Cesare Beccaria: "só as leis podem decretar as penas dos delitos e esta autoridade só pode residir no legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social"[144].

O princípio da reserva legal não se exaure na previsão das punições, contemplando igualmente a previsão de como serão executadas e quais condutas serão consideradas criminosas. O cidadão, assim, tem o direito de saber não apenas a quais penas estará suscetível caso pratique uma conduta tida como criminosa, mas quais condutas o levarão a sofrer tais penas e de que modo (forma e intensidade) serão executadas.

Todas as penas e aspectos da execução penal devem estar previamente estabelecidos na legislação positivada, de modo que a imposição de sofrimento mais intenso ou de qualidade diversa ao que foi estabelecido na condenação criminal configura excesso na execução[145] e, por óbvio, ofensa ao princípio da reserva legal. O Supremo Tribunal Federal, inclusive, aprovou a Súmula Vinculante nº 56 e estabeleceu que "a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS".

---

[141] STRECK, Lenio. *Verdade e consenso*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017., p. 618.
[142] BATISTA, Nilo, op. cit., p. 63.
[143] JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. *Manual de Direito Penal: parte geral*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 83.
[144] BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos delitos e das penas*, Trad. Lucia Guidicini; Alessandro Berti Contessa. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005 p. 44.
[145] Também referido como princípio autônomo (Cf. JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. *Manual de Direito Penal: parte geral*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 81 e ss.)

A legalidade estrita, portanto, tem dupla função, conforme Gustavo Junqueira e Patrícia Vanzolini[146]: a (i) política ou extrínseca, verificada na relação entre Estado e cidadão, e a (ii) jurídica ou intrínseca – verificada na própria função da pena e do Direito Penal.

A função política é justamente a garantia de que goza o cidadão contra o arbítrio estatal. Nilo Batista acentua que, além da apontada função de garantia (responsável por extirpar as penas ilegais), a função política também manifestaria uma função constitutiva, na medida em que são constituídas as penas legais, ou, em outras palavras se "estabelece a positividade jurídico-penal"[147].

De outra sorte, a função jurídica ou intrínseca seria a de garantir a funcionalidade do Direito Penal e da pena a partir da ideia de prevenção geral, como destacado.

Em sua consagrada fórmula latina atribuída a Paul Anselm Feuerbach[148] (*nullum crimen nulla poena sine lege*), o princípio da legalidade estrita necessita ser compreendido sob quatro aspectos (ou funções[149]) para que atinja sua máxima eficácia: *nullum crimen nulla poena sine lege praevia*, *nullum crimen nulla poena sine lege scripta*, *nullum crimen nulla poena sine lege sicricta* e *nullum crimen nulla poena sine lege certa*. Não temos aqui a pretensão de esgotar o estudo de cada um desses aspectos, satisfazendo-nos com uma breve incursão individual.

Do brocardo *nullum crimen nulla poena sine lege praevia* deve ser extraída a impossibilidade de se admitir a retroatividade da lei penal (nulo o crime, nula a pena sem lei prévia). Aqui, faz-se a ressalva de que essa vedação se aplica somente à lei penal maléfica, ou seja, aquela que atua em detrimento do acusado ou do executado. A retroatividade da lei penal benéfica é, inclusive, garantia individual conforme o artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal.

Por *nullum crimen nulla poena sine lege scripta* entende-se a proibição da criação de delitos, faltas disciplinares, penas ou sanções disciplinares pelos costumes[150]. Embora se admita que possam auxiliar na compreensão dos limites

---

[146] JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. *Manual de Direito Penal: parte geral*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 85.
[147] BATISTA, Nilo, op. cit., p. 66.
[148] SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008, p. 20.
[149] Por todos: ROIG, Rodrigo Duque Estrada, op. cit., p. 44.
[150] ROIG, Rodrigo Duque Estrada, op. cit., p. 50.

semânticos do tipo penal ou disciplinar, desempenhando uma função integrativa[151], é certo que, isolados, não podem ser utilizados para punir ou agravar a punição de qualquer indivíduo: para que exista um crime, falta disciplinar, pena ou sanção disciplinar é indispensável a sua previsão em lei escrita[152] e elaborada conforme a Constituição[153]. É dizer, não se admite o costume *ultra* ou *extra legem*[154].

Conforme Gustavo Junqueira e Patrícia Vanzolini[155], a utilização do costume como ferramenta interpretativa - *intra legem* – é viável para, por exemplo, excluir a tipicidade (considerando a adequação social da conduta), a ilicitude (como causa supralegal, quando influencia o conceito de direitos disponíveis e indisponíveis), assim como para mitigar a culpabilidade do agente ou atenuar a pena, conforme o art. 66 do Código Penal.

Minoritário, Juarez Cirino dos Santos vai além e defende a possibilidade de o costume operar *in bonam partem*, para "excluir ou reduzir a pena, ou para descriminalizar o fato, nas hipóteses indicadas pela sociologia jurídica de perda de eficácia da lei penal[156]".

Do prisma *nullum crimen nulla poena sine lege sicricta* decorre a impossibilidade do uso de analogia para a criação de crimes e faltas disciplinares, bem como para a aplicação de penas ou sanções disciplinares[157]. Nos importa primeiramente distinguir a analogia da interpretação analógica, como apontam Gustavo Junqueira e Patrícia Vanzolini: analogia é "forma de integração do ordenamento jurídico, consistente na aplicação de uma norma existente a um caso semelhante, em relação ao qual haja lacuna legal"[158]. A interpretação analógica, por sua vez, segundo Aníbal Bruno seria "o meio indicado para integrar o preceito dentro

---

[151] BATISTA, Nilo, op. cit., p. 68.
[152] ROIG, Rodrigo Duque Estrada, op. cit., p. 50.
[153] Anota-se aqui a discussão existente acerca da reserva absoluta ou relativa da lei, que também recai sobre as chamadas normais penais em branco, especialmente as heterogêneas – cujo complemento é dado por norma de outra natureza jurídica (Cf. JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. *Manual de Direito Penal: parte geral*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, pp. 90-92; BATISTA, Nilo, op. cit., pp. 70-72)
[154] JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. *Manual de Direito Penal: parte geral*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 86.
[155] Ibidem, p. 86.
[156] SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008, pp. 22-23.
[157] ROIG, Rodrigo Duque Estrada, op. cit., p. 49.
[158] JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. *Manual de Direito Penal: parte geral*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 87.

da norma, estendendo-o, como ele mesmo sugere, a situações análogas"[159]. Ainda segundo o autor, "isso ocorre quando a norma dispõe que o seu preceito, além dos casos especificados, se aplica também a outros semelhantes"[160] .

Se da analogia resulta prejuízo ao réu (*in malam partem*), essa é proibida, ao passo que se trouxer benefício (*in bonam partem*), é permitida sem nenhuma restrição[161], salvo, como aponta Nilo Batista, quando se tratar de norma excepcional[162]. A interpretação analógica, por reforçar a legalidade estrita, é admitida tanto em leis incriminadoras quanto não incriminadoras[163].

Finalmente, por *nullum crimen nulla poena sine lege certa* decorre a necessidade de a lei penal ser óbvia e inteligível a todos os seus destinatários, que devem ser capazes de compreender não apenas o conteúdo de seu preceito primário quanto secundário. Estão vedadas, por conseguinte, as leis penais genéricas, ambíguas e dotadas de conceitos indeterminados[164]: a lei penal deve ser taxativa. A imprecisão da lei aumenta o espaço para discricionariedades e arbitrariedades, o que é especialmente grave e perigoso no campo penal. Ainda que se admita algum grau de indeterminação, dado que as palavras por vezes assumem múltiplos significados, há que se restringir ao máximo esse espaço.

Expressões como "praticar sabotagem" constante da revogada Lei de Segurança Nacional[165] ou, tal como prevê a Lei de Execução Penal, "incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina"[166], certamente afrontam o princípio da reserva legal dada a sua vagueza. É óbvio que, no tocante aos exemplos colacionados, saberemos dizer se houve sabotagem ou subversão da ordem em casos extremos. Todavia, persiste uma imprecisão conceitual que abre espaço para o arbítrio judicial e consequente insegurança jurídica. Dado que a lei penal necessita ser taxativa, não há como admitir tais expressões em nosso ordenamento jurídico-penal, sendo o princípio da reserva legal um escudo do

---

[159] BRUNO, Aníbal. *Direito penal, parte geral*, *tomo 1, introdução – norma penal, fato punível*. 2. ed. São Paulo: Forense, 1966, p. 213.
[160] Ibidem, p. 213.
[161] SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008, p. 22.
[162] BATISTA, Nilo, op. cit., p. 74.
[163] JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. *Manual de Direito Penal: parte geral*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 87.
[164] BATISTA, Nilo, op. cit., p. 75.
[165] Ibidem, p. 76.
[166] ROIG, Rodrigo Duque Estrada, op. cit., p. 47.

indivíduo em face de eventual abuso nesse sentido.

1.3.2. Princípio da humanidade das penas.

Decorrência direta da dignidade pessoa humana, o princípio da humanidade das penas seria o responsável por vetar as penas cruéis[167]. É consagrado em inúmeros tratados internacionais de direitos humanos[168] e, igualmente, no próprio texto constitucional brasileiro. O artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, como analisamos, outorga à dignidade da pessoa humana o status de fundamento (ou princípio jurídico constitucional fundamental, conforme Ingo Wolfgang Sarlet[169]) da República Federativa do Brasil. Mais especificamente sobre as penas, tratou o artigo 5º da Constituição Federal de enunciar uma série de direitos e garantias individuais, vedando expressamente a tortura e o tratamento desumano e degradante (inciso III), assim como as penas de morte[170], as penas de caráter perpétuo, as penas de trabalhos forçados, as penas de banimento e as penas cruéis (inciso XLVII) e, ainda, assegurando aos presos o respeito à integridade física e moral (inciso XLIX)[171].

Importante ressaltar a crítica de Lenio Streck a respeito do princípio da humanidade das penas, que, nas suas palavras:

> Trata-se de exagero teórico-retórico que se forjou em torno dos princípios pós-Constituição de 1988, desconsiderando-se o legado paradigmático proporcionado pelos avanços no campo da produção democrática do direito a partir do segundo pós-guerra e da própria autonomia do Direito, que deve ser preservada/reforçada.[172]

---

[167] ZAFFARONI, E. Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro, parte geral*. 13. ed. São Paulo: Thomas Reuters Brasil, 2019, p. 698.

[168] Na Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece o artigo 5º que ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante. Nas Regras de Mandela (Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos), é expressa a Regra 43, item 1, ao dispor que "em nenhuma hipótese devem as restrições ou sanções disciplinares implicar em tortura ou outra forma de tratamento ou sanções cruéis, desumanos ou degradantes". De igual maneira, é expresso o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da ONU (artigo 10, item 1), a Convenção Americana de Direitos Humanos (artigo 5º), entre outros documentos internacionais de direitos humanos.

[169] SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, pp. 84-85

[170] Conforme Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, a pena de morte sequer é uma pena, pois se trata de um "simples impedimento físico", não havendo qualquer função preventiva nela, senão a supressão definitiva e irreversível de um ser humano (ZAFFARONI, E. Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro, parte geral*. 13. ed. São Paulo: Thomas Reuters Brasil, 2019, p. 697).

[171] Conforme Rodrigo Duque Estrada Roig e Nilo Batista, a própria garantia à individualização da pena – artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal – seria uma expressão do princípio da humanidade das penas (op. cit., p. 96).

[172] STRECK, Lenio. *Verdade e consenso*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 565.

O próprio Lenio Streck acentua que, na prática, uma sanção cruel não estaria afastada em face do "princípio da humanidade", mas, sim, de preceitos expressos da Constituição Federal[173] – mais especificamente o artigo 5º, inciso XLVII, alínea "e".

De fato, reconhecemos que o princípio da humanidade das penas está contemplado na noção de dignidade da pessoa humana, e que a adequada compreensão desse conceito nos leva invariavelmente às vedações e garantias que costumam ser atribuídas ao princípio em análise. Não bastasse, buscando maximizar as possibilidades de concretização da dignidade da pessoa humana no âmbito penal, a Constituição Federal e inúmeros tratados internacionais de direitos humanos dispuseram expressamente sobre a matéria e efetivaram uma ampla gama de direitos e garantias individuais a seu respeito, como já destacamos. Nesse sentido, sustentar a existência de um "princípio da humanidade das penas" pode ser entendido como redundante ou exagerado, como sustenta Lenio Streck.

Partindo de uma análise estritamente conceitual, concordamos que sustentar a existência de um "princípio da humanidade das penas" seria redundante, na medida que seu conteúdo já estaria devidamente inscrito e resguardado pela ordem constitucional diante do *status* de fundamento da República Federativa do Brasil outorgado à dignidade da pessoa humana. Ocorre que, não por acaso, o constituinte optou por inserir outras garantias e direitos individuais que também poderiam ser extraídos da dignidade da pessoa humana, tal qual diversos tratados internacionais de direitos humanos que tivemos a oportunidade de referir fizeram questão de reforçar. O que queremos dizer é que, muitas vezes, o óbvio precisa repetido[174], sobretudo quando a sua compreensão é determinante para a limitação da violência estatal e para a maximização da dignidade da pessoa humana. O Direito Penal, como argumentamos, é político[175]. Sendo político, o jurista não pode atuar como exegeta, "mas sim como programador de um exercício de poder, um homem de luta"[176]. Dessa

---

[173] STRECK, Lenio. *Verdade e consenso*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 565.
[174] Nesse sentido, embora estabeleça no artigo 5º, inciso III, que ninguém será submetido a tratamento desumano ou degradante, a Constituição veda em outro inciso as penas cruéis, por exemplo.
[175] Afirmá-lo abertamente, como ressalta Eugenio Raúl Zaffaroni, não importa em politizá-lo: "assim como ninguém pode pretender 'embranquecer' rosas brancas para depois afirmar que são brancas, não se pode igualmente pretender 'politizar' o direito penal somente afirmando que ele é político" (*Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Trad. Vania Romero Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. 5. ed, 6. reimp. Rio de Janeiro: Revan, 2018, pp. 207-208).
[176] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Trad. Vania Romero Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. 5. ed, 6. reimp. Rio de Janeiro: Revan, 2018, p. 208.

forma, ainda que possamos sustentar, de alguma forma, a redundância do princípio da humanidade das penas, discordamos que se trate de um exagero: sustentar a sua existência é um caminho válido para reduzir arbitrariedades por parte do Estado e maximizar a compreensão da dignidade da pessoa humana.

Não nos parece que sustentar a existência do princípio da humanidade das penas, por exemplo, seja prejudicial ao Direito ou diminua a força programática de outros princípios, na medida em que ele é integralmente extraído da noção de dignidade da pessoa humana e está contido nos limites semânticos da Constituição Federal e de tratados internacionais de direitos humanos. Ainda que seja possível argumentar que a desnecessidade ou imprecisão formal na enunciação do princípio da humanidade das penas diante da existência de conceitos já consagrados e de maior abrangência, não há qualquer prejuízo oriundo dessa opção, senão um benefício: o reforço de um ideal a ser perseguido e concretizado pelo Estado Democrático de Direito, que é a dignidade da pessoa humana. Uma vez compreendida em sua inteireza pela sociedade a dimensão normativa da dignidade da pessoa humana e, dessa forma, firmado minimamente o "terreno comum" brasileiro, pode ser vista como exagerada a enunciação do princípio da humanidade das penas. Atualmente, contudo, não cremos ser possível abdicar dessa expressão da dignidade da pessoa humana enquanto mandamento de otimização.

O princípio da humanidade das penas, assim, funciona na execução penal como instrumento de contenção da irracionalidade do poder punitivo[177]. Em que pese a difundida noção de que o indivíduo encarcerado deve experienciar um grau elevado sofrimento, superior ao experienciado por qualquer pessoa em liberdade ("menor elegibilidade" ou *less eligibility*[178]), a pena não pode ser um mal desprovido de qualquer finalidade ou a mera imposição de um sofrimento[179], devendo possibilitar ao condenado a "oportunidade de retomada construtiva de sua vida em sociedade após o seu cumprimento"[180]. Não é demais recordar que a Constituição Federal estabelece

[177] ROIG, Rodrigo Duque Estrada, op. cit., p. 35.
[178] No original: less eligibility. Ideia inicialmente concebida como a impossibilidade de a assistência pública ser mais benéfica (mais elegível) do que o pior dos empregos disponíveis, e posteriormente adaptada para a realidade penal, de modo que o cárcere deveria ser pior (menos elegível) do que as piores condições de vida em liberdade (DE GIORGI, Alessandro. *Punishment and Political Economy*. *In*: FRANÇA, Leandro Ayres; CARLEN, Pat (eds.). *Alternative Criminologies.* New York: Routledge, 2017, pp. 42-43).
[179] JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. *Manual de Direito Penal: parte geral*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 75.
[180] Ibidem, p. 75.

como objetivos fundamentais a erradicação da marginalização (artigo 3º, inciso III) e a promoção do bem de todos (artigo 3º, inciso IV), o que também é válido para o indivíduo privado de liberdade, tendo sido estabelecido nos artigos primeiro e 3º da Lei de Execução Penal que o seu objetivo é proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado, e que são preservados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.

As medidas atentatórias à integridade física ou psíquica do preso – para além do sofrimento inerente à privação de liberdade – devem ser reputadas inconstitucionais e anticonvencionais[181], sendo certo que o magistrado da execução penal deve ser guiado pela tolerância e alteridade, reconhecendo o indivíduo condenado como sujeito de direitos. Fazemos coro à Rodrigo Duque Estrada Roig, ao sustentar que a execução penal humanizada é, inclusive, um apoio à ordem e à segurança estatal[182] tendo sido justamente a desumanização da execução penal uma das maiores responsáveis pelo surgimento e consolidação de facções criminosas hegemônicas no cárcere[183], tema que será retomado no último capítulo.

Como decorrência da humanidade das penas, inclusive, estaria proscrita em sede de execução penal qualquer tentativa de impor determinado padrão moral, assim como ingerências à intimidade, autonomia da vontade, liberdade de consciência e livre manifestação do pensamento[184], sendo essas esferas igualmente resguardadas pela Constituição Federal no artigo 5º, incisos IV, VI e X.

Questão que ganha cada vez mais relevância é o encarceramento da população LGBTQIA+[185]. Em 15 de abril de 2014 foi publicada pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP) e Conselho Nacional de Combate à Discriminação (CNCD) a Resolução Conjunta nº 1, que estabelece parâmetros de acolhimento da população LGBT (lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais) privada de liberdade no Brasil. Em que pese o acerto de certas medidas como o direito ao chamamento pelo nome social (artigo 2º) e a concessão de espaços de vivência específicos às travestis e aos gays em presídios masculinos, considerando sua

[181] ROIG, Rodrigo Duque Estrada, op. cit., p. 34.
[182] Ibidem, p. 37.
[183] Cf. DIAS, Camila Caldeira Nunes. *PCC: Hegemonia nas prisões e monopólio da violência: coordenadores Alice Bianchini, Ivan Luís Marques e Luiz Flávio Gomes*. São Paulo: Saraiva, 2013.
[184] ROIG, Rodrigo Duque Estrada, op. cit., p. 35.
[185] Lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais, transgêneros, queer, intersexuais, assexuais e demais identidades, como pansexuais e não-binaries.

segurança especial vulnerabilidade, acreditamos que é salutar a publicação de nova resolução que contemple expressamente a população transgênero, queer, intersexual, assexual e demais identidades, como pansexuais e não-binaries, em respeito à dignidade da pessoa humana e em reconhecimento do fato de que a situação de encarceramento não retira do indivíduo seus direitos fundamentais.

A única conclusão possível é a de que a pena no Estado Democrático de Direito deve ser orientada pela dignidade da pessoa humana e todos os demais direitos e garantias individuais que dela decorrem. Como afirma Rodrigo Duque Estrada Roig, não somente as pessoas privadas de liberdade mantém seus direitos fundamentais, como, igualmente, tornam-se "carecedoras de maior tutela, discriminação positiva e segurança por parte do Estado, considerando o estado de absoluta vulnerabilidade em que se encontram"[186]. O princípio da humanidade das penas tem a importante incumbência de reforçar as suas balizas democráticas, consolidando o indivíduo privado de liberdade como sujeito de direitos titular da mesma dignidade de qualquer outro, privado de liberdade ou não, e merecedor de especial cuidado em razão da situação de intensa vulnerabilidade.

1.3.3. Princípio da culpabilidade e individualização da pena.

Eugenio Raúl Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar afirmam que o princípio da culpabilidade "é o mais importante dos que derivam diretamente do estado de direito, porque sua violação implica o desconhecimento da essência do conceito de pessoa"[187]. O princípio da culpabilidade declara a responsabilidade pessoal, de modo que "só é punível o ato praticado por uma pessoa e só a pessoa que o pratica pode ser punida por ele"[188]. Nesse sentido, acrescenta Rodrigo Duque Estrada Roig que a Lei de Execução Penal foi expressa ao adotar o princípio da culpabilidade em seu artigo 45, §3º, vedando sanções coletivas[189].

Mais do que isso, acentua Marcelo Semer, estaria excluída, por força do princípio da culpabilidade, a possibilidade de punir um indivíduo que tenha praticado um ato sem dolo ou culpa[190] e, portanto, estaria afastada a responsabilidade

---

[186] ROIG, Rodrigo Duque Estrada, op. cit., p. 63.
[187] ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al*. *Direito Penal brasileiro: primeiro volume – Teoria geral do Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 245.
[188] SEMER, Marcelo, op. cit., p. 79.
[189] ROIG, Rodrigo Duque Estrada, op. cit., p. 71.
[190] SEMER, Marcelo, op. cit., p. 80.

objetiva[191]. Em sentido contrário, todavia, apontam Gustavo Octaviano Diniz Junqueira e Patricia Vanzolini que o ordenamento jurídico-penal brasileiro admite a responsabilidade objetiva em casos específicos, como, por exemplo, "na punição do agente que pratica conduta em estado de embriaguez voluntária ou culposa (art. 28 do CP) decorrente da teoria da *actio libera in causa*"[192].

De todo modo, também vinculado ao princípio da culpabilidade é a ideia de que ela opera como fundamento e limite da pena a ser aplicada[193], sendo certo que estabelece "a fronteira máxima da reação punitiva e a exclui quando não alcança a mínima"[194]. Também é medida da pena a ser aplicada, como dispõe o artigo 59 do Código Penal ao elencar as circunstâncias judiciais. Opera enquanto fundamento, contudo, pois responsabilidade penal só pode advir de um comportamento típico, antijurídico e culpável, o que dependerá, para a satisfação desse último requisito, do reconhecimento simultâneo da (i) imputabilidade, da (ii) exigibilidade de conduta diversa, e da (iii) potencial consciência da ilicitude do agente para que este possa ser responsabilizado penalmente[195]. Ademais, argumentam Eugenio Raúl Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar que não se pode imputar a alguém uma ação proibida se, por exemplo, não houver sequer a possibilidade de prever o resultado de sua conduta (caso fortuito), ou quando não tiver sido possível "conhecer a ilicitude da mesma conduta e adequá-la ao direito nas circunstâncias concretas"[196].

Por se tratar de limite e medida da pena, o princípio da culpabilidade implica na individualização da pena, garantia constitucional estabelecida no artigo 5º, inciso XLVI (a lei regulará a individualização da pena), mas, também, nos incisos XLVIII (a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado), e L (às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação), sendo certo que aqui tratamos da chamada individualização judicial e executória, em que se faz necessário considerar a pessoa concreta à qual a pena se destina[197], assim como

---

[191] BATISTA, Nilo, op. cit., p. 100.
[192] JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. *Manual de Direito Penal: parte geral*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 74.
[193] Ibidem, p. 74.
[194] ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al*. *Direito Penal brasileiro: primeiro volume – Teoria geral do Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 246.
[195] ROIG, Rodrigo Duque Estrada, op. cit., p. 70.
[196] ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al*. *Direito Penal brasileiro: primeiro volume – Teoria geral do Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 245.
[197] BATISTA, Nilo, op. cit., p. 101.

a individualização legislativa, que se materializa na tarefa do legislador de estabelecer as penas para os diferentes crimes[198].

A individualização da pena, ressaltam Gustavo Octaviano Diniz Junqueira e Patricia Vanzolini, é consectária da dignidade da pessoa humana e da isonomia, "pois infrações penais e infratores desiguais devem ser tratados na medida de sua desigualdade"[199]. Além dos dispositivos constitucionais anteriormente citados, merece destaque o fato de que o critério trifásico de dosimetria da pena é resultado do comando de individualização judicial[200] e, por conseguinte, do princípio da culpabilidade. É igualmente digno de nota o fato de que, em decorrência da individualização da pena e demais princípios constitucionais, a execução da pena deve conferir protagonismo à tarefa de propiciar condições para a harmônica integração social de cada apenado, segundo Marcelo Semer, estando vedado (i) o tratamento que ignora as condições pessoais do apenado, (ii) a violação à isonomia, (iii) o não oferecimento de oportunidades de estudo e trabalho, e (iv) a vedação legal ou judicialmente desmotivada da progressão de regime[201].

1.3.4. Princípio da intranscendência da pena.

A Constituição Federal brasileira trouxe em seu artigo 5º, inciso XLV, a garantia de que "nenhuma pena passará da pessoa do condenado", materializando o que se convencionou chamar na doutrina de princípio da intranscendência, personalidade ou pessoalidade da pena. Igualmente, traz a Convenção Americana sobre Direitos Humanos a enunciação de que "a pena não poderá passar da pessoa do delinquente", em seu artigo 5º, §3º.

Merece destaque a nomenclatura "princípio da transcendência mínima", utilizada de forma crítica por Rodrigo Duque Estrada Roig, que assevera ser impossível sustentar a intranscendência da pena na prática, pois ela inevitavelmente afetará outras pessoas, como os familiares do condenado, por exemplo[202]. Não obstante o já citado argumento de Eugênio Raul Zaffaroni no sentido de que, uma vez inserido no campo do dever ser, seria tarefa do jurista "projetar o cumprimento deste

---

[198] SEMER, Marcelo, op. cit., p. 151.
[199] JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. *Manual de Direito Penal: parte geral*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 80.
[200] SEMER, Marcelo, op. cit., p. 154.
[201] Raciocínio exposto em: SEMER, Marcelo, op. cit., p. 48.
[202] ROIG, Rodrigo Duque Estrada, op. cit., p. 76.

mandado no campo da realidade social[203]", relembramos Lenio Streck para destacar que, por vezes, não será possível adequar a realidade ao idealismo e, nem por isso, nossa resposta pode ser "pior para a realidade[204]". A prática forense e uma série de dispositivos constantes da Lei de Execução Penal denotam inúmeras violações a esse princípio, e nos empenharemos em demonstrá-las no derradeiro capítulo desse escrito quando trabalharmos com a operacionalidade da pena privativa de liberdade no Brasil.

De todo modo, retomando a exposição do princípio da intranscendência da pena enquanto ideal a ser perseguido pelo Estado Democrático de Direito como condição de legitimidade do sistema penal, destacamos a vedação, no campo penal, de qualquer punição a qualquer pessoa distinta da responsável pelo ilícito. Tal assertiva decorre da culpabilidade enquanto fundamento da responsabilidade penal[205], da reserva legal e, evidentemente, da dignidade da pessoa humana[206].

A segunda parte do artigo 5º, inciso XLV, da Constituição Federal, todavia, é controversa ao estabelecer que a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens pode ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido. Como solução adequada à maximização do princípio da intranscendência da pena, afirmam Gustavo Junqueira e Patrícia Vanzolini que a leitura adequada do dispositivo constitucional se reporta apenas aos efeitos civis em relação aos herdeiros, estendendo o raciocínio à pena de multa não adimplida: se a pena de multa não cumprida é transformada em dívida de valor, é lícita a sua cobrança[207].

Trazemos ainda, conforme Rodrigo Duque Estrada Roig, o argumento de que se a pena não pode ultrapassar a pessoa do condenado, "fatores externos ao evento delitivo concreto igualmente devem passar o mínimo possível à pessoa do condenado[208]". Isso significa, por exemplo, que as justificativas preventivo-gerais para a pena deveriam ser refutadas, uma vez que não seria admissível a incrementação

---

[203] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Direito penal humano e poder no século XXI.* Trad. Ílison Dias dos Santos; Jhonatas Péricles Oliveira de Melo. Salvador: EDUFBA, 2020, p. 77.
[204] STRECK, Lenio. *Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte/MG: Letramento: Casa do Direito, 2017, p. 239.
[205] SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008, p. 32.
[206] JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. *Manual de Direito Penal: parte geral*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 79.
[207] Ibidem, p. 80.
[208] ROIG, Rodrigo Duque Estrada, op. cit., p. 80.

do rigor penal somente como necessidade de exemplo aos demais[209]. Não só a medida, mas o sentido e função da pena se esgotam na individualidade do condenado.

1.3.5. Princípio da proporcionalidade.

Cezar Roberto Bitencourt afirma que o princípio da proporcionalidade é uma "garantia legitimadora/limitadora de todo o ordenamento jurídico infraconstitucional"[210], sendo ele um dos principais vetores do Direito Penal moderno, pois "implica necessariamente a recusa de qualquer forma de intervenção ou punição desnecessária ou exagerada"[211]. Assim, destacam Eugenio Raúl Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar que a magnitude da lesividade do conflito deve ser proporcional à afetação de direito nele envolvida, sob pena de alcançar um limite de irracionalidade intolerável, como aceitar que "ofensas à propriedade recebam pena maior que aquelas causadas à vida, como ocorre na legislação brasileira"[212].

Embora não encontre previsão expressa na Constituição Federal, segundo Marcelo Semer, seria possível identificar seu rastro em garantias esparsas, como a proibição da pena desumana (artigo 5º, inciso XLVII) e a garantia à individualização da pena (artigo XLVI)[213].

Prosseguindo, destacamos que a noção de razoabilidade é fundamental à adequada compreensão do princípio da proporcionalidade[214]. A conjugação dela com o referido princípio assume especial relevância quando analisamos a proporcionalidade em sua máxima potência, sob a lógica da Lei do Talião (olho por olho e dente por dente): embora estritamente proporcional, é preciso que busquemos os meios menos desvantajosos e graves[215].

Além disso, conforme o Marcelo Semer, "considerando o ideário iluminista de que toda pena além do necessário é injusta por sua própria natureza, a

---

[209] ROIG, Rodrigo Duque Estrada, op. cit., p. 81.
[210] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral – arts. 1º a 120*. 28. ed. São Paulo: Saraivajur, 2022, p. 76.
[211] Ibidem, p. 75.
[212] ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al*. *Direito Penal brasileiro: primeiro volume – Teoria geral do Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, pp. 230-231.
[213] SEMER, Marcelo, op. cit., pp. 128-129.
[214] Ibidem, p. 127.
[215] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral – arts. 1º a 120*. 28. ed. São Paulo: Saraivajur, 2022, p. 78.

proporcionalidade também é ínsita ao conceito de necessidade"[216]. A necessidade é complementada por outros dois fatores: adequação teleológica (qualquer ato estatal deve ser pautado pelos "valores éticos deduzidos na Constituição Federal"[217]) e proporcionalidade em sentido estrito, que obriga os representantes do Estado a utilizarem os meios adequados e de se absterem de utilizar "meios ou recursos desproporcionais"[218].

Haveria, ainda, segundo Juarez Cirino dos Santos, um desdobramento do princípio da proporcionalidade em uma dimensão abstrata e outra concreta[219]. A proporcionalidade abstrata limita as hipóteses de criminalização primária às de graves violações de direitos humanos e, igualmente, "delimita a cominação de penas criminais conforme a natureza e extensão do dano social produzido pelo crime"[220], em raciocínio que já foi por nós abordado ao descrever o limite de irracionalidade intolerável segundo Eugenio Raúl Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar. A dimensão concreta da proporcionalidade, por sua vez, demanda que sejam formulados "critérios compensatórios das desigualdades sociais da criminalização secundária, com o objetivo de neutralizar ou de reduzir a seletividade fundada em indicadores sociais negativos de pobreza, desemprego, favelização etc."[221], que costumam interferir tanto na fase de aplicação da pena quanto na sua execução, reduzindo os custos sociais da relação crime/pena para o apenado, para sua família, e para a própria sociedade (atenua o conflito social representado pelo crime, ao invés de agravá-lo)[222].

O princípio da proporcionalidade é responsável por delimitar uma das principais diferenças entre as teorias retributivas ou absolutas da pena e teorias preventivas ou relativas da pena, como destacaremos em momento oportuno, mas, desde logo, cumpre ressaltar que a proporcionalidade é condição inegociável de qualquer teoria da pena que se pretenda compatível com o Estado Democrático de Direito,

---

[216] SEMER, Marcelo, op. cit., p. 127.
[217] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral – arts. 1º a 120*. 28. ed. São Paulo: Saraivajur, 2022, p. 76.
[218] Ibidem, p. 76.
[219] SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008, p. 28.
[220] Raciocínio exposto em: SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008, pp. 28-29.
[221] Ibidem, p. 30
[222] Ibidem, pp. 29-30.

exatamente por se tratar de uma “garantia legitimadora/limitadora de todo o ordenamento jurídico infraconstitucional”[223].

1.4. Porque e para que punir.

Segundo Eugenio Raúl Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar, “todo saber requer uma definição, prévia à delimitação de seu horizonte, que torne manifesta sua intencionalidade para permitir o controle de sua racionalidade”[224].

Defendemos que o Direito Penal jamais poderá se contrapor ao Estado Democrático de Direito e seus princípios, revestindo-se de legitimidade somente quando estiver em absoluta harmonia com a Constituição Federal. Concordamos, ainda, com o raciocínio de Eugenio Raúl Zaffaroni, no sentido de que o Direito Penal é “um discurso que se oferece aos juristas para regular o exercício de seu poder jurídico, ou seja, um projeto técnico-político de funcionamento do semáforo judicial de contenção do trânsito do poder punitivo”[225]. Portanto, embora não disponha do poder punitivo, o Direito Penal deve contê-lo mediante o emprego do poder jurídico. Essa não é, contudo, a posição majoritária da doutrina.

É costumeira a afirmação de que a função[226], ou missão[227], do Direito Penal arrimado ao Estado Democrático de Direito seria proteção subsidiária de bens jurídicos fundamentais. Partindo dessa definição, é seguro dizer que a pena se caracteriza como o principal instrumento da política penal do Estado[228] para a consecução desse fim.

O Código Penal brasileiro prevê três espécies de penas: (i) a pena privativa de liberdade, (ii) a pena restritiva de direitos, e (iii) a pena de multa. Desnecessária qualquer incursão aprofundada sobre as demais espécies, temos na pena privativa de liberdade, e especialmente no regime fechado, o mais violento dos instrumentos da

---

[223] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral – arts. 1º a 120*. 28. ed. São Paulo: Saraivajur, 2022, p. 76.
[224] ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al*. *Direito Penal brasileiro: primeiro volume – Teoria geral do Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 39.
[225] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Direito penal humano e poder no século XXI*. Trad. Ílison Dias dos Santos; Jhonatas Péricles Oliveira de Melo. Salvador: EDUFBA, 2020, p. 30.
[226] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral – arts. 1º a 120*. 28. ed. São Paulo: Saraivajur, 2022, p. 50.
[227] SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Finalidades da pena, conceito material de delito e sistema penal integral*. 2008. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 26. doi:10.11606/T.2.2008.tde-17022009-160214.
[228] SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008, p. 4.

política penal estatal, na medida em que é imposto ao apenado o cerceamento de um direito fundamental caríssimo, garantido logo após o direito à vida no artigo 5º da Constituição Federal, que é a liberdade.

A pena, segundo o conceito clássico, pode ser definida como um mal[229] ou um sofrimento com necessária referência ao passado, somente podendo ser imposta pelo Estado mediante o devido processo legal[230]. É preciso acrescentar, como consectário do princípio da reserva legal, que a previsão no ordenamento jurídico em vigor da conduta incriminada (e da reprimenda correspondente) deve ser anterior à prática do crime. Por fim, não se caracteriza como pena, enquanto conceito jurídico[231], a tortura ou qualquer outro tipo de coerção não prevista em lei e que não for resultado do devido processo legal. É pura violência.

Conforme María José Falcón y Tella e Fernando Falcón y Tella, a aventada conceituação da pena como sofrimento pode ser explicada pela seguinte assertiva: se a prisão fosse uma vivência prazerosa, deixaria de ser um castigo[232]. Não obstante a ideia de que a pena deva ser um desprazer, um sofrimento e, enfim, um mal, beire o consenso em nossa sociedade, destacando Günther Jakobs, por exemplo, que "a dor serve para salvaguardar cognitivamente a vigência da norma" (tradução nossa)[233], o Estado não admite oficialmente que a pena seja a inflição intencional de uma dor, em seu sentido mais cru, ao condenado[234]. Nem poderia, na realidade, por ofensa evidente à dignidade da pessoa humana, ao princípio da humanidade das penas e, enfim, ao próprio Estado Democrático de Direito[235].

---

[229] SOLER, Sebastian. *Derecho penal argentino*, v. 2. 10. reimp. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1992, p. 400.
[230] JUNQUEIRA, Gustavo. VANZOLINI, Patrícia. *Manual de direito penal: parte geral*. 7. ed.ªª São Paulo: Saraiva, 2021, p. 515.
[231] Ibidem, p. 516.
[232] FALCÓN Y TELLA, María José; FALCON Y TELLA, Fernando. *Fundamento e finalidade da sanção: existe um direito de castigar?*. Tradução de Claudia de Miranda Avena; revisão de Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 33.
[233] No original: "*El dolor sirve para la salvaguarda cognitiva de la vigencia de la norma*" (*La pena estatal: significado y finalidad.* Traducción de Manuel Canció Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez. Navarra: Civitas, 2006, p. 141).
[234] Nesse sentido, Nils Christie discute a ilusão do desaparecimento da dor mediante a precisa escolha de palavras para se referir às práticas penais (*Limites à Dor: o papel da punição na política criminal*. Tradução: Gustavo Noronha de Ávila, Bruno Silveira Rigon e Isabela Alves. 1. ed, 5 reimp. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 27 e ss.).
[235] Na mesma linha, María José Falcón y Tella e Fernando Falcón y Tella afirmam que "admitir que existe uma autoridade dentro do sistema jurídico para infligir o mal seria incompatível com a própria ideia de Direito" (*Fundamento e finalidade da sanção: existe um direito de castigar?* Tradução de Claudia de Miranda Avena; revisão de Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 34).

A pretensão de proteger subsidiariamente bens jurídicos fundamentais e, por conseguinte, assegurar aos cidadãos uma coexistência pacífica e livre, sob a garantia de todos os direitos humanos, como pretende Claus Roxin, por exemplo[236], não torna a imposição de qualquer uma das espécies de pena autoexplicativa, quanto menos a privativa de liberdade, sendo de rigor a demonstração dos motivos que legitimem essa intensa coação por parte do Estado. Conforme a premissa já fixada, a pena, no contexto do Estado Democrático de Direito, "não pode ter outra finalidade que não seja a promoção da democracia de direito, ou, ainda, a busca dos fins que o Estado brasileiro procura, elencados expressamente na Constituição"[237], e por isso não pode ser reduzida a mero exercício autoritário de poder ou mera inflição intencional de dor e sofrimento: do contrário se tornaria ilegítima.

É seguro dizer, portanto, que a utilização de seu principal instrumento de política penal obriga o Estado a justificar seu discurso jurídico-penal e compatibilizá-lo com os valores democráticos assumidos em nível infraconstitucional, constitucional e internacional. A intervenção estatal chamada de pena busca justificação e legitimidade, assim, no que se convencionou denominar teoria da pena[238].

Ao longo da história da humanidade foram fornecidas diversas respostas às indagações "por que punir?" e "para que punir?". A punição como resposta imediata à prática de um mal, passando pela punição que pretende incutir medo no seio social, até a punição que busca reafirmar valores indispensáveis à vida em sociedade são alguns dos exemplos de justificativas possíveis, entre tantas outras. Essa gama de possibilidades e a ausência de consenso sobre qual seria a melhor delas demonstra, por si só, a complexidade do desafio e a seriedade com que este deve ser tratado, pois "o estudioso não pode se acomodar com a enumeração dos entraves: tem a responsabilidade de oferecer soluções"[239].

Antes de prosseguir, impende ressaltar que, embora as referidas indagações ("por que punir?" e "para que punir?") possuam o mesmo objeto – a pena –, costumam ser desenvolvidas na doutrina como problemáticas distintas.

---

[236] ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal.* Organização e tradução: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018, p. 17.
[237] JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri/SP: Manole, 2004, p. 8.
[238] SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008, p. 460.
[239] JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri/SP: Manole, 2004, p. 27.

Alamiro Velludo Salvador Neto afirma que a questão “por que punir?” diria respeito ao fundamento da pena, ao passo que a pergunta “para que punir?” se referiria à finalidade da pena[240]. O fundamento da pena, segundo o autor, guardaria íntima conexão com o próprio fundamento do Direito Penal, mas não pressuporia nenhuma forma específica de operacionalização: seria uma necessidade social para a garantia de convivência sob determinadas regras e parâmetros de proteção de bens jurídicos essenciais[241]. A finalidade da pena, por sua vez, diria respeito às formas adotadas pelo Estado para cumprir a meta fundamental; ao “sentido social que é empregado ao ato de castigar”[242].

Em construção similar, Gustavo Octaviano Diniz Junqueira sustenta que a pena não pode ter fundamento político (ou fim mediato) divergente daquele que conforma o Estado legítimo e Democrático de Direito, que seria justamente o de “diminuir a violência e possibilitar a vida em comum”[243]. Os fins imediatos da pena seriam o que Alamiro Velludo Salvador Neto denomina finalidades, é dizer, os meios pelos quais se busca diminuir a violência e propiciar a vida em comum[244].

Diversamente, inicia Patricia Vanzolini sustentando que a indagação “por que punir?” pode ser enunciada em dois sentidos. O primeiro deles seria o de função da pena: situada plano do “ser”, a pergunta “por que punir?” se referiria à problemática de cariz ontológico, empírico e descritivo, cujo objetivo seria o de perscrutar “para que as sociedades humanas que empregam um modelo punitivo penal efetivamente o fazem”[245] (por que se pune?). O segundo sentido seria o de finalidade da pena[246], enunciando a pergunta “por que punir?” no plano da prescrição normativa (“dever ser”), sob uma perspectiva deontológica, valorativa e prescritiva, portanto. Nesse contexto, a pergunta buscaria compreender por que a punição deve ser considerada

---

[240] SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Finalidades da pena, conceito material de delito e sistema penal integral*. 2008. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2008, p. 161. doi: 10.11606/T.2.2008.tde-1702209-160214.
[241] Ibidem, p. 161.
[242] Ibidem, p. 162.
[243] JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri/SP: Manole, 2004, p. 27.
[244] Ibidem, p. 28.
[245] VANZOLINI, Patricia. *Teoria da pena: sacrifício, vingança e direito penal*. São Paulo: Tirant lo Blanch: 2019, p. 19.
[246] Cézar Roberto Bitencourt afirma que o estudo da finalidade da pena se relaciona com os efeitos sociais buscados a partir de uma perspectiva jurídico-normativa de índole axiológica (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral – arts. 1º a 120*. 28. ed. São Paulo: Saraivajur, 2022, p. 149), o que em parte coincide com o aquilo que Patrícia Vanzolini delimita como finalidade da pena.

um bem a ponto de outorgar ao Estado um direito de punir (por que se deve punir?)[247]. Por fim, são chamadas de consequências da pena[248], conforme expendido pela autora, "as múltiplas decorrências, efeitos primários ou colaterais que se verificarão no plano empírico e que podem ser axiologicamente desejáveis ou indesejáveis"[249].

Quando nos referirmos às finalidades da pena, nos reportaremos aos objetivos atribuídos à pena para que seja atingido ("para que punir?") o seu fundamento político ("por que punir?"). No contexto brasileiro, o fundamento político não pode ser diverso dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, constantes do artigo 3º da Constituição Federal, devendo ser igualmente compatível com o Estado Democrático de Direito e seus fundamentos, elencados no artigo inaugural da Constituição Federal[250]. Concordamos com Gustavo Octaviano Diniz Junqueira no sentido de que esse fundamento deve ser justamente diminuir a violência e possibilitar a vida em comum[251], mas acrescentamos, quiçá de forma redundante, que isso deve ocorrer respeitando a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais.

Por essa razão é tão importante a compreensão do discurso jurídico-penal acerca finalidade da pena adotada pelo Brasil. A sua identificação nos permite analisar se a forma pela qual se pretende atingir o fundamento político da pena é capaz de legitimar sistema penal[252], ou se ela não possui tal capacidade de rendimento.

Conforme Eugenio Raúl Zaffaroni, o que confere legitimidade ao discurso jurídico-penal é exatamente a sua racionalidade, que, por sua vez, depende da combinação da coerência interna do discurso jurídico-penal e do seu valor de verdade quanto à operatividade social[253].

---

[247] VANZOLINI, Patricia. *Teoria da pena: sacrifício, vingança e direito penal*. São Paulo: Tirant lo Blanch: 2019, p. 19.
[248] Novamente apresentando raciocínio diverso, Cézar Roberto Bitencourt afirma que o estudo da função da pena diria respeito à análise descritiva dos efeitos sociais por ela produzidos, "inclusive quando estes se distanciam das finalidades previamente postuladas para a pena" (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral – arts. 1º a 120*. 28. ed. São Paulo: Saraivajur, 2022, p. 149), o que remonta ao conceito de consequências da pena exposto por Patricia Vanzolini.
[249] VANZOLINI, Patricia. *Teoria da pena: sacrifício, vingança e direito penal*. São Paulo: Tirant lo Blanch: 2019, p. 20.
[250] Em outras palavras, se a finalidade da pena eleita é a intimidação coletiva, por exemplo, é porque se defende que ela é o meio pelo qual serão cumpridos os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil e que ela é compatível com o Estado Democrático de Direito e seus fundamentos.
[251] JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri/SP: Manole, 2004, p. 27.
[252] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Trad. Vania Romero Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. 5. ed, 6. reimp. Rio de Janeiro: Revan, 2018, p. 16.
[253] Ibidem, p. 16.

A coerência interna do discurso não se resume à ausência de contradição entre seus enunciados, como pode pretender uma interpretação simplista, mas também se refere à ausência de contradição com o ordenamento constitucional e os documentos produzidos pela comunidade jurídica internacional em matéria de direitos humanos[254] – do que deriva a necessária consideração do homem como pessoa capaz de se determinar em conformidade com um sentido[255], ou seja, a consideração de sua dignidade.

O valor de verdade quanto à operatividade social, que pode ser definida como a possibilidade de concretização do discurso em questão, é tão essencial à outorga de racionalidade ao discurso jurídico-penal quanto a coerência interna. Demanda-se a satisfação de dois níveis para que o discurso seja socialmente verdadeiro: o abstrato (os postulados e enunciados criminalizantes devem ser adequados à obtenção dos fins pretendidos – adequação do meio ao fim), e o concreto (os grupos humanos que integram o sistema penal efetivamente devem estar de acordo com os postulados e enunciados constantes do discurso jurídico-penal – adequação mínima conforme planificação)[256].

Investigar a finalidade da pena adotada em discurso pelo Brasil, assim, revela-se tarefa de fundamental importância[257]: a mais perfeita e rigorosa dogmática não é capaz de legitimar o sistema se a punição ao final alcançada é incompatível, desde o discurso, com o Estado Democrático de Direito.

Todavia, não será possível identificar o discurso jurídico-penal brasileiro sobre a finalidade da pena e, consequentemente, aferir a legitimidade do sistema penal, se não conhecermos as chamadas teorias da pena. Por conseguinte, traçaremos o panorama geral dessas teorias, apresentando nos capítulos seguintes as propostas

---

[254] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Trad. Vania Romero Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. 5. ed, 6. reimp. Rio de Janeiro: Revan, 2018, p. 17.

[255] Ibidem, p. 17.

[256] Ibidem, pp. 18-19.

[257] Como destacamos inicialmente, o derradeiro capítulo tem por objetivo, também, a análise da compatibilidade do discurso jurídico-penal com a sua operacionalidade, dado que o exame da legitimidade do sistema não se esgota no discurso: deve ser realizável. Segundo Alamiro Velludo Salvador Neto, "se a essência da pena está na privação de bens jurídicos do agente, esta mesma privação precisa ser constantemente avaliada e redimensionada em face da percepção de seus resultados reais. A materialidade da pena precisa estar determinada pelo seu sentido social, pelo seu fim: é um conceito material de pena" (SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Finalidades da pena, conceito material de delito e sistema penal integral*. 2008. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2008, p. 158. doi: 10.11606/T.2.2008.tde-1702209-160214).

que pretendem legitimar a pena, bem como as críticas a elas direcionadas.

A partir da premissa de que a pena é legítima, as duas principais correntes de pensamento que ensaiam justificativas seriam a retributiva (absoluta) e preventiva (relativa), que por sua vez se subdividem em alargado contingente de variações. Há, ainda, as chamadas teorias mistas – aditivas ou dialéticas –, que acoplam, aditiva ou dialeticamente, diferentes finalidades para a pena.

2. Teorias retributivas ou absolutas da pena.

As teorias retributivas ou absolutas da pena têm como principal característica a declarada ausência da busca, pela pena, de um fim socialmente útil com referência ao futuro, estando intimamente ligadas à ideia de impor um mal merecidamente retribuído[258] - justificando a nomenclatura "retributivas". Assim, por estar adequado à máxima *punitur quia peccatum est* (pune-se porque é pecado), "valor axiológico intrínseco de punir o fato passado"[259], é possível afirmar que o sistema se reporta ao pretérito[260].

São também denominadas "absolutas" tais teorias porque, supostamente, encontrariam a necessária justificação em si mesmas[261], ou seja, seriam autorreferenciais[262] – o que não deixa de ser uma tautologia assumida, em nossa opinião. No dizer de Aníbal Bruno, "nas teorias absolutas o crime não é só um pressuposto, mas a própria razão de ser da punição"[263].

Como observa Gustavo Octaviano Diniz Junqueira[264], todavia, é incorreta a comum afirmação de que as teorias absolutas teriam em comum a ausência de qualquer finalidade: sempre há uma finalidade, seja moral ou jurídica[265]. A semelhança entre essas teorias, desse modo, recai sobre a "referência preponderante ao passado, sem um fim dirigido ao futuro como móvel principal, ou seja, sem a busca de alterar a realidade do porvir"[266].

---

[258] ROXIN, Claus. *Derecho penal – parte general, tomo I, fundamentos. La estructura de la teoria del delito*. Tradução: Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díazy García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 1. ed. Espanha: Civitas, 1997, pp. 81-82.
[259] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral – arts. 1º a 120*. 28. ed. São Paulo: Saraivajur, 2022, p. 151.
[260] SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Finalidades da pena, conceito material de delito e sistema penal integral*. 2008. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2008, p. 163. doi: 10.11606/T.2.2008.tde-1702209-160214.
[261] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro, parte geral*. 13. ed. São Paulo: Thomas Reuters Brasil, 2019, p. 112.
[262] VANZOLINI, Patricia. *Teoria da pena: sacrifício, vingança e direito penal*. São Paulo: Tirant lo Blanch: 2019, p. 69.
[263] BRUNO, Aníbal. *Direito penal, parte geral*, *tomo 3, pena e medida de segurança*. 2. ed. São Paulo: Forense, 1966, p. 34.
[264] JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri/SP: Manole, 2004, p. 29.
[265] A divisão das teorias absolutas tendo como parâmetro o valor moral ou jurídico conferido à retribuição penal foi extraída da obra de Luigi Ferrajoli (*Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 204).
[266] JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri/SP: Manole, 2004, p. 29.

2.1. A pena como vingança.

Vingança, conforme o dicionário Michaelis, é substantivo feminino que significa "ato lesivo praticado em nome próprio ou alheio, contra uma pessoa, para vingar-se de dano ou ofensa por ela causada; desforço; desforra; revanche; vendeta; vindita"[267]. Embora possa ser taxado de exagerado o raciocínio que define "pena" como o ato lesivo praticado pelo Estado em nome próprio ou alheio, contra uma pessoa, para vingar-se de dano ou ofensa por ela causada, é interessante notar que todas as sociedades ou organizações sociais, independentemente de seu tamanho, grau de influência ou período histórico em que se desenvolveram, definiram uma forma de lidar com os conflitos internos (ocorridos entre seus integrantes) e externos (envolvendo inimigos ou adversários)[268] e, em que pese a significativa quantidade de teorizações acerca do conceito de pena, punição e de suas pretensas finalidades, nos parece inevitável trazer à baila a advertência de Oswaldo Henrique Duek Marques:

> A ideia primitiva de vingança, oriunda de épocas remotas, permanece intocável, mesmo diante das recentes teorias progressistas e humanitárias, que advogam por uma intervenção estatal punitiva, com limites traçados pelos direitos e garantias fundamentais[269].

Não é por acaso que Patricia Vanzolini assevera: "a função do Direito Penal é a realização da vingança"[270], sendo o "sistema judiciário um ganho, não porque tenha se libertado da vingança, mas porque a realiza mais perfeitamente"[271]. Também nesse sentido, Friedrich Nietzsche afirma que o castigo judicial é vigança[272][273]. Nos parece, assim, que a demanda por vingança é uma constante assombração na história da

---

[267] VINGANÇA. In: Michaelis: moderno dicionário da língua portuguesa. São Paulo: Melhoramentos, 2022. Disponível em: https://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=vingan%C3%A7a. Acesso em: 29 de abr. de 2022.

[268] "La conminación y la imposición de condenas penales son uma institución muy antiga: tanto como la humanidade misma". Em tradução livre: "a cominação e a imposição de conenações penais são uma instituição muito antiga: tanto quanto a própria humanidade" (HERNÁNDEZ, Héctor H. *Fines de la pena. Abolicionismo, impunidad*. Héctor H. Hernández; Camilo Tale; Ricardo Dip; dirigido por Héctor Hernández. 1. ed. Buenos Aires: Cathedra Jurídica, 2010, p. 5).

[269] MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. 3. ed. São Paulo: WWF Martins Fontes, 2016, p. 1.

[270] VANZOLINI, Patricia. *Teoria da pena: sacrifício, vingança e direito penal*. São Paulo: Tirant lo Blanch: 2019, p. 147.

[271] Ibidem, p. 147.

[272] NIETZSCHE, Friedrich. *Humano, demasiado humano. Un libro para espíritus libres, volumen segundo*. Traducción de Alfredo Brotons Muñoz. Madrid: Akal, 2007, p. 134.

[273] É preciso notar que Friedrich Nietzsche distingue duas espécies de vingança, sendo elas (i) a vingança de autoconservação, voltada a salvar o corpo e a vida, na qual está ausente a intenção de causar um dano ou fazer mal, caracterizando-se um contragolpe defensivo oriundo do medo, e (ii) a vingança restauradora, que supõe, por parte do sujeito ativo, uma reflexão sobre a vulnerabilidade e capacidade de sofrimento do sujeito passivo, bem como o desejo de causar um dano exclusivamente pelo que foi feito, não pelo medo do que pode ocorrer (NIETZSCHE, Friedrich, op. cit., pp. 132-133).

pena, confundindo-se com ela, e por isso não pode ser desprezada em uma análise que se pretenda realista.

Nos primórdios, muito antes de qualquer esboço de organização social similar ao que hoje concebemos como Estados, aponta Oswaldo Henrique Duek Marques que os seres humanos se agrupavam com aqueles que compartilhavam de seu sangue, ou seja, que possuíam descendência comum[274]. O assassinato de uma pessoa de descendência comum, seja de sua família, tribo ou clã, ensejava um dever sagrado, segundo Erich Fromm, de matar um membro da unidade correspondente, concretizando a chamada "vingança de sangue" (tradução nossa)[275]. Essa retribuição era quase sempre exagerada, pois não observava, "mesmo aproximadamente, a lei física da reação igual e contrária à ação"[276]. Em contrapartida, se a violência fosse causada por um membro do próprio grupo, a consequência seria a expulsão do ofensor, que se equipararia, conforme Giorgio Del Vecchio, "a uma fera, ou seja: exposto às ofensas de todos"[277].

Diante da desvinculação a um poder central e da ausência de controle externo do seu alcance, a vingança de sangue se revela, com o passar do tempo, insustentável, pois não pode ser saciada e tende ao infinito, com sucessivas vinganças das vinganças que enfraquecem a própria comunidade que se vê no direito de vingar-se[278], como ilustra Erich Fromm: "o assassinato punitivo representa um novo assassinato que obriga os membros do grupo punido a punirem o assassino e assim por diante, *ad infinitum*" (tradução nossa)[279][280].

O fortalecimento do poder social tem como principal consequência a transferência da vingança do privado para o público, de modo que é abandonada a

---

[274] MARQUES, Oswaldo Henrique Duek, op. cit., pp. 12-13.
[275] No original: "blood revenge is a sacred duty that falls upon the member of a family, clan, or tribe who has to kill a member of the correspondent unit if one of his people has been killed" (FROMM, Erich. *The anatomy of human destructiveness*. New York: Holt, Rinehart and Winston, 1973, p. 272).
[276] GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal, v. 1, tomo 1*. 7. ed. ver. e. atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 6.
[277] DEL VECCHIO. Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. 5. ed. Trad. António José Brandão. Coimbra: Arménio Amado, 1979, p. 521.
[278] MARQUES, Oswaldo Henrique Duek, op. cit., p. 15.
[279] No original: "the punitive killing represents a new killing which in turn obliges the members of the punished group to punish the punisher and so on *ad infinitum*" (FROMM, Erich, op. cit., p. 272).
[280] Ainda conforme Erich Fromm, é importante destacar que a destrutividade vingativa se diferenciaria da agressão defensiva, pois, além de a primeira ocorrer quando já não existe um perigo ameaçador, ela seria, também, "muito maior em intensidade e, frequentemente, cruel, voluptuosa e insaciável" (tradução nossa). No original: "it is of much greater intensity, and is often cruel, lustful, and insatiable" (FROMM, Erich, op. cit., p. 271).

vingança privada em detrimento, essencialmente, da vingança da sociedade – vingança social. Observa Antônio Maria Rodrigues de Freitas Iserhard que a vingança social alterna seu critério justificador da pena ao longo da história, sendo inicialmente uma vindita divina para, enfim, tornar-se vindita pública[281].

A origem da pena propriamente dita, conforme Antônio Maria Rodrigues de Freitas Iserhard, é religiosa[282]. Segundo o autor, uma vez que a religião é um denominador comum de todo grupo social (pública, portanto) e, em muitos povos, foi única lei conhecida, a pena nasceria como um ato de natureza social cujo objetivo seria o de libertar os integrantes daquele grupo de um mal ocasionado pelo infrator uma norma sagrada: a pena, então, realiza a vingança divina[283]. Isso se verifica claramente nas sociedades totêmicas, nas quais, segundo Sigmund Freud, "a violação de um tabu[284] transforma o próprio transgressor em tabu"[285], que precisa ser punido para que os demais membros do grupo não sejam maculados pela transgressão. Como veremos adiante, a punição em virtude da violação do tabu ou da norma sagrada também possui caráter expiatório, de modo que é igualmente possível sustentar a finalidade da pena como sendo a expiação, e não propriamente a vingança, apesar da presença inequívoca desse anseio vingativo diante da ofensa à divindade.

Em que pese o argumento de Oswaldo Henrique Duek Marques no sentido de que o sentimento de vingança permaneceria presente, "embora abrandado em suas consequências"[286], observa Basileu Garcia que a Lei de Talião, base do Código de Hamurabi, se tratou de uma verdadeira conquista civilizatória, pois é nítida a pretensão de estabelecer não apenas uma retribuição tão proporcional e idêntica quanto possível

---

[281] ISERHARD. Antônio Maria Rodrigues de Freitas. *Caráter vingativo da pena*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005, p. 33.
[282] O próprio autor, todavia, admite que para muitos a pena se originaria da vingança privada: "Não cremos, consequentemente, tenha sido a vingança privada a primeira e única manifestação originária da pena, inobstante tal orientação encontrar adeptos em muitos estudiosos, que se debruçam sobre a lei penal" (Ibidem., 2005, p. 20).
[283] Ibidem, pp. 19-22.
[284] Na definição de Sigmund Freud, "a palavra 'tabu' denota tudo – seja uma pessoa, um lugar, uma coisa ou uma condição transitória – que é o veículo ou fonte desse misterioso atributo. Também denota as proibições advindas do mesmo atributo. E, finalmente, possui uma conotação que abrange igualmente 'sagrado' e 'acima do comum', bem como 'perigoso', 'impuro' e 'misterioso'" (FREUD, Sigmund. *Totem e tabu: alguns pontos de concordância entre a vida mental dos selvagens e dos neuróticos*. Trad.: Órizon Carneiro Muniz, Rio de Janeiro: Imago, 1974, p. 32).
[285] FREUD, Sigmund, op. cit., p. 30.
[286] MARQUES, Oswaldo Henrique Duek, op. cit., p. 16.

do mal infligido[287], mas também pessoal, pois a punição deveria ser imposta ao autor da ofensa[288]. A Lei de Talião se fez presente, também, no Alcorão, na Bíblia e no Código de Manu, tendo sido um instituto crucial à formação e desenvolvimento da pena[289] e orientador, mesmo que insipiente, da medida da vingança divina, em um primeiro momento.

Mais adiante, a codificação do Direito Penal marca a inauguração de um período predominantemente público da pena, cuja justificativa se dá em nome de outra divindade, o Estado[290], que avoca para si o direito de se vingar. Mais do que isso, afirma Gustavo Octaviano Diniz Junqueira, nos Estados absolutistas – e também nos regimes totalitários –, a vingança comunica poder[291]. Sustenta-se que o crime não ofende e ataca apenas a vítima, como também agride fisicamente o soberano: na medida em que a força da lei é a sua força, isso lhe confere um direito de punir[292]. O suplício imposto pela pena, assim, nas palavras de Michel Foucault, representa "uma afirmação enfática do poder e de sua superioridade intrínseca"[293], o que é perceptível, por exemplo, do ordenamento jurídico francês de pouco após o início do século XVIII, que previa o esquartejamento, o fogo, a roda, a forca e a decapitação como formas de execução das penas capitais[294]. A violência e a assimetria da punição eram explícitas e necessárias, assim, para reativar o poder, não para restabelecer a justiça[295].

Se a atrocidade dos suplícios dos Estados absolutistas torna clara a proximidade entre a pena pública e a vingança, é preciso ter cautela ao afirmar que nos dias de hoje o sentimento de vingança não se mistura com a justiça penal ou com o sentimento de justiça da população, como denuncia Antônio Maria Rodrigues de Freitas Iserhard: "o que existe é uma forma regulamentada de fazer a vingança, de continuar o estado de guerra, tudo efetuado através do processo ritual que abriga o

---

[287] Conforme Paul Robinson, entretanto, alguns autores defendem que a Lei de Talião somente exige a imposição de uma punição relevantemente similar (*Principios distributivos del Derecho penal: A quién debe sancionarse y en qué medida*. Traducción e introducción de CANCIO MELIÁ, Manuel, y ORTIZ DE URBINA, Íñigo; Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 161).
[288] GARCIA, Basileu, op. cit., p. 8.
[289] ISERHARD. Antônio Maria Rodrigues de Freitas, op. cit., p. 30.
[290] Ibidem, p. 33.
[291] JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri/SP: Manole, 2004, p. 32.
[292] FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramalhete. 42. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014, pp. 49-50.
[293] Ibidem, p. 50.
[294] GARCIA, Basileu, op. cit., p. 9.
[295] FOUCAULT, Michel, op. cit., p. 51.

poder judiciário"[296]. Na avaliação do autor, o sistema de justiça criminal não passa de um teatro ou um ritual solene, aparentemente formal e técnico, cuja função é a de simbolicamente expressar a racionalidade da pena, do castigo e da vingança que, longe de ter sido erradicada, estaria somente acobertada[297]. Não é por acaso que em qualquer demanda judicial há uma figura neutra encarregada de julgar a disputa: é preciso que o castigo pareça justo, não obstante sua inflição seja apenas uma versão sofisticada de vingança social operada por um ritual persuasivo e convincente[298].

Racionalizado ou escamoteado nas instâncias judiciais, o apelo por vingança é muito mais percetível no seio social, seja em manifestações individuais ou midiáticas. Se um político acusado da prática de corrupção passiva é condenado ao cumprimento de penas restritivas de direitos, o sentimento geral provavelmente será de que ele permaneceu impune. O mesmo pode ser dito de um adolescente condenado à internação de três anos por ato infracional equiparado ao crime de homicídio qualificado. Não basta uma punição qualquer, é preciso que haja sofrimento ou, ao menos, a sensação de sofrimento. A suposta necessidade de a pena representar um sofrimento não se reporta apenas ao apenado, mas também e, quiçá, ainda mais, à sociedade como um todo, de modo que a vingança também cumpriria, de forma lateral, uma função preventivo-geral. Nesse sentido, Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli aduzem que o sujeito que respeita o direito sente que reprimiu tendências que o transgressor não reprimiu, privando-se do que o transgressor não se privou e, assim, inconscientemente, experimenta como inútil o seu sacrifício, clamando por vingança[299]. Sigmund Freud traz similares apontamentos ao trabalhar com o conceito de ambivalência, observado na relação das comunidades totêmicas com o tabu. Ao mesmo tempo em que o sujeito deseja constantemente a realização do ato, também o detesta, o que se traduz numa oposição entre proibição consciente e desejo inconsciente. O verdadeiro perigo do tabu, dessa forma, seria o de excitar a ambivalência: "qualquer um que tenha violado um tabu torna-se tabu porque possui a perigosa qualidade de tentar os outros a seguir-lhe o exemplo"[300]. A vingança, assim, teria algo de mágico, como aduz Erich Fromm: "Ao destruir aquele que cometeu uma

[296] ISERHARD. Antônio Maria Rodrigues de Freitas, op. cit., p. 105.
[297] Ibidem, pp. 118-121.
[298] Ibidem, p. 109.
[299] Raciocínio exposto em: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro, parte geral*. 13. ed. São Paulo: Thomas Reuters Brasil, 2019, pp. 98-99.
[300] FREUD, Sigmund, op. cit., pp. 39-42.

atrocidade, seu ato é magicamente desfeito" (tradução nossa)[301].

Qualquer que seja a explicação do motivo pelo qual ansiamos por vingança, nos é suficiente o reconhecimento de que assim somos. Conforme Gustavo Octaviano Diniz Junqueira, a violência impregnada na personalidade humana precisa ser extravasada e, por isso, a sociedade transforma o autor – ou suposto autor – de um delito em um bode expiatório necessário e culpado pelas mazelas da comunidade, punindo-o "como forma de possibilitar, do lado não criminoso da sociedade, o convívio pacífico, bem como a contenção de eventuais lutas de classe"[302].

Acreditamos que a vingança não pode ser eleita como a finalidade da pena no contexto do Estado Democrático de Direito. Embora não se possa afastar da sociedade a sensação de satisfação decorrente da imposição de uma determinada pena, a satisfação da vingança não pode justificar a indagação "para que punir?". Se o único fundamento político possível à pena no Estado Democrático de Direito é o de diminuir a violência e possibilitar a vida em comum, respeitando-se a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, não há como eleger a vingança, que leva à exatamente à violência desenfreada e não se preocupa com nada além da retribuição, como meio apto para tanto.

A vingança, como expusemos, é insaciável, desproporcional e cruel. Se encorajada ou legitimada, levaria toda conquista civilizatória duramente obtida com o passar dos séculos à ruína. Pautado na dignidade da pessoa humana, o Estado Democrático de Direito é absolutamente incompatível com o desejo de vingança: é produto da razão[303] e se dirige à concretização de direitos fundamentais, enquanto o desejo é irracional e precisa ser contido.

Não olvidemos, ainda, o princípio da humanidade das penas, consagrado pela ordem constitucional brasileira, que veda as penas cruéis, a tortura, o tratamento desumano e degradante, as penas de morte, as penas de caráter perpétuo, as penas de trabalho forçado, de banimento, além de assegurar ao preso o direito à integridade física e moral. A adoção da vingança como finalidade da pena representaria uma contradição em termos com a ordem constitucional brasileira e, igualmente, com o

---

[301] No original: "by destroying the one who commited the atrocity his deed is magically undone" (FROMM, Erich, op. cit., p. 273).
[302] JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri/SP: Manole, 2004, p. 32.
[303] Ibidem, p. 34.

princípio ora mencionado.

Por mais que se reconheça o anseio social por vingança diante de um crime bárbaro, é preciso ter em vista que esse sentimento, ao contrário do Direito Penal, não se pretende como produto da razão, de modo que a única relação possível entre Direito Penal e vingança não é a de elevação desta à condição de objetivo da punição, mas de limitação, em reconhecimento do seu potencial destrutivo. Conforme Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, o Direito Penal que pretende ser o instrumento de vingança de uma multidão anônima e que alimentar a irracionalidade vingativa para conseguir o controle social é puro instrumento de dominação, típico do Direito Penal de um Estado autoritário[304]. Por outro lado, o Direito Penal de um Estado Democrático de Direito "tem o dever de evidenciar todo o irracional, afastá-lo e exibi-lo como tal, para que seu povo tome consciência dele e se conduza conforme a razão"[305].

2.2. A pena como expiação.

Conforme Heiko Lesch[306], a pena como expiação não almeja restituir a ordem correta ou original das coisas: busca a reconciliação do sujeito que praticou um crime consigo mesmo, com o ordenamento violado, com a comunidade e, acrescenta Gustavo Octaviano Diniz Junqueira, com a divindade[307]. Embora próxima da vingança divina, como tivemos a oportunidade de destacar anteriormente, a pena enquanto expiação se diferencia daquela porque não haveria a pretensão imediata de infligir um mal ou um sofrimento que retribua outro equivalente, e sim de purificar o malfeitor ou a comunidade diante da ofensa à divindade.

Ao aceitar internamente a pena como exata medida de sua culpabilidade, o sujeito que pratica um delito assimila moralmente seu comportamento em desconformidade com a norma, "se purifica e recobra, pela dita expiação, sua integridade humana e social" (tradução nossa)[308].

---

[304] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro, parte geral*. 13. ed. São Paulo: Thomas Reuters Brasil, 2019, p. 99.
[305] Ibidem, p. 99.
[306] LESCH, Heiko. *La función de la pena*. Trad: Javier Sánchez-Vera; Gómez-Trelles. Madrid: Dykinson, 1999, p. 7.
[307] JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri/SP: Manole, 2004, p. 36.
[308] No original: "se purifica y recobra por dicha expiación su integridade humana y social" (ROXIN, Claus. *Derecho penal – parte general, tomo I, fundamentos. La estructura de la teoria del delito*.

Novamente valendo-nos do estudo de Sigmund Freud a respeito de sociedades totêmicas, é possível identificar a finalidade expiatória da pena de forma bastante evidente quando o autor afirma o seguinte sobre a violação dos tabus: “certos perigos provocados pela violação podem ser evitados por atos de expiação e purificação”[309], acrescentando que a violação da proibição “é vingada da maneira mais enérgica por todo o clã, como se fosse uma questão de impedir um perigo que ameaça toda a comunidade”[310].

Também sobre a pena enquanto expiação, João Bernardino Gonzaga aponta que a Justiça da Igreja católica, inicialmente restrita ao clero, buscava “a recuperação do faltoso e, quiçá, a tranquilização da comunidade”[311], pois “o religioso que comete uma falta deveria purgá-la. A alma transviada precisava ser reconduzida ao rebanho”[312]. Ainda ressalta o autor que o objetivo primordial do Direito Penal Canônico era exatamente o de “incentivar a perfeição espiritual da sociedade cristã, estabelecendo sanções de sentido expiatório aos faltosos, propícias a obter seu arrependimento e, através desse, a emenda”[313].

O arrependimento, ressaltamos, ocupa lugar de destaque na pena com a finalidade expiatória do direito canônico. É ele que suscita a “esperança da almejada regeneração”[314], desde que seja sincero[315] e livre[316]. Todavia, como bem observa João Bernardino Garcia Gonzaga, o arrependimento não é útil somente porque a Igreja almejava a recuperação espiritual do indivíduo, mas, também, pelo objetivo secundário e explicitamente preventivo-geral, que é o reforço à fé cristã proporcionada pelo depoimento público daquele que se arrependeu e, assim, por conseguinte, oferece um bom exemplo para o povo[317].

Segundo Gustavo Octaviano Diniz Junqueira, é preciso reconhecer que a construção da pena enquanto expiação deixou marcas profundas na organização da

---

Tradução: Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díazy García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 1. ed. Espanha: Civitas, 1997, p. 85).

[309] FREUD, Sigmund, op. cit., p. 30.

[310] Ibidem, p. 15.

[311] GONZAGA, João Bernardino Garcia. *A inquisição em seu mundo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 24.

[312] Ibidem, p. 24.

[313] Ibidem, p. 86.

[314] Ibidem, p. 24.

[315] Ibidem, p. 135.

[316] LESCH, Heiko, op. cit., p. 7.

[317] GONZAGA, João Bernardino Garcia, op. cit., p. 127.

justiça criminal, merecendo destaque a pena privativa de liberdade como forma de buscar o arrependimento do sujeito[318]. Enquanto no direito comum a privação de liberdade era medida processual, no direito canônico a privação da liberdade era efetivamente a punição, pois, uma vez recolhido em uma cela, o condenado poderia expiar a falta cometida, meditando e estudando, como ressalta João Bernardino Garcia Gonzaga[319]:

> Isso acabou influenciando o legislador laico, de tal sorte que, a partir do século XIX e até hoje, as penas privativas da liberdade se acabaram convertendo no eixo central dos modernos sistemas repressivos. Como lembrança da sua origem, nossos presídios conservam o nome de "penitenciárias", e neles as celas reproduzem as celas monásticas que os mosteiros destinavam às penitências.

Também é de se destacar que o sentimento de arrependimento, embora não previsto entre as atenuantes genéricas do Código Penal brasileiro em vigor, vez ou outra é exigido como se necessário fosse para que a atenuante da confissão espontânea, essa sim prevista, seja aplicada, como se lê de julgado de 2021 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo[320]:

> Na medida em que a embargante admitiu a prática dos fatos, mas não demonstrou arrependimento por ocasião de seu interrogatório em Juízo sob o crivo do contraditório, não se concebe seja reconhecida a atenuante da confissão espontânea, que acarretaria a redução da pena, uma vez não ter existido arrependimento sincero.

Acreditamos que a exigência do arrependimento sincero deriva de uma religiosidade que, com o mais profundo respeito e sem qualquer juízo de valor, é estranha ao Direito Penal brasileiro, produto de um Estado laico. Ainda, é preciso ressaltar que, em respeito ao princípio da reserva legal, jamais poderia ser invocada uma circunstância não prevista em lei em desfavor do investigado, processado ou condenado – função política ou extrínseca do princípio da reserva legal.

---

[318] JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri/SP: Manole, 2004, p. 39.

[319] GONZAGA, João Bernardino Garcia, op. cit., p. 38.

[320] SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração Criminal nº 0008849-33.2009.8.26.0361. Embargantes: Laercio Garcia Mendes e Aparecida Auxiliadora de Jesus. Rel. Desembargador Grassi Neto. São Paulo, SP, 19 de outubro de 2021. Diário de Justiça Eletrônico, São Paulo – SP, 28 de outubro de 2021. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?origemDocumento=M&nuProcesso=00088 49-
33.2009.8.26.0361&cdProcesso=RI0054CEG12KW&cdForo=990&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias =SG5TJ&cdServico=190201&ticket=7upz7TIHKDNDY8NvtgdTSTbDmGLf%2FMwTyeWqRiDkbRjeBx dKdyk%2FYfy%2FDhiHd%2BmJNLOz54gmte%2FU7xbuvIjySeOiCmnwD082Bhwt7VI69S2iUEcHmbH Pc5dZDXQxN9dhSSa%2FaaSwdKVZgUo3VY5mVJXav8I0xIlxnkJKU8XBAhT1vZtkMsMoTCfZC2FQS Isd0raz0XiJ8ObWrkC7Di%2Bz4EL81nfhQe%2FCT7MZM4YD4xJAiwSG8E4VI2hXBpD4DGoZBRcr3B 2VjNyFT8loyDcfiVzfeXyiKKtZpGxBKXxfzJERHEJmA1xS20jeik%2BeQqVMqPoAAoXHDZsV0hB56zqc ZcXStIdJz9tEoFd47%2FGtG3Gih6a2sSPMfc1UMQnjYA8qlqARaorVjhBpJ%2B2nHJKOaxOUDbdzhA zm%2F2KQgWGz4Wo%3D>. Acesso em: 10 de mai. de 2022.

De todo modo, há essencialmente quatro problemas relativos à pena enquanto expiação.

Em primeiro lugar, o indivíduo lançado ao cárcere não costuma ser socialmente percebido como expiado. Como bem aponta Heiko Lesch, “mediante a pena privativa de liberdade o caminho à sociedade é fechado, ao invés de aberto” (tradução nossa)[321].

Em segundo, se a expiação é um bem necessário ao condenado e à sociedade, que precisa se livrar do pecado, do tabu ou, enfim, da ira divina oriunda da violação à norma sagrada, não haveria, conforme Gustavo Octaviano Diniz Junqueira, limite algum para a pena alcançar esse objetivo, ou sequer mecanismos de controle aptos a evitar abusos[322], razão pela qual tenderia ao infinito.

Prosseguindo, a pretensa expiação depende de uma mudança psíquica extremamente profunda e rara[323], na qual o sujeito se arrependeria de forma livre e autônoma de uma anterior conduta, sendo verdadeiramente ilógico ou, até mesmo, paradoxal, sustentar que o Estado poderia impor, mediante a aplicação de uma pena, essa epifania (arrependimento livre x imposição do Estado)[324]. Nesse sentido, argumenta Heiko Lesch que, diante de um indivíduo que não demonstra o mínimo sinal de culpa, a pena com finalidade expiatória necessariamente falharia em cumprir seu objetivo[325].

Por fim, a pena expiatória parte de um paradigma irreal de sociedade consensual, na qual todos os indivíduos compartilhariam dos mesmos valores e metas, desconsiderando as liberdades de consciência e de crença, ambas consagradas pela Constituição Federal no artigo 5º, inciso VI. As referidas liberdades decorrem, a toda evidência, da dignidade da pessoa humana, princípio fundamental da República Federativa do Brasil, como já tivemos a oportunidade de destacar.

Dessa forma, ainda que abandonado o caráter religioso da expiação dada sua

---

[321] No original: “mediante la pena de privación de libertad se cierra al autor el camino hacia la sociedad, más que abrirsele” (LESCH, Heiko. op. cit., p. 8).
[322] JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri/SP: Manole, 2004, p. 39.
[323] ROXIN, Claus. *Derecho penal – parte general, tomo I, fundamentos. La estructura de la teoria del delito*. Tradução: Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díazy García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 1. ed. España: Civitas, 1997, p. 85.
[324] LESCH, Heiko. op. cit., p. 8.
[325] Ibidem, p. 9.

incompatibilidade com a laicidade do Estado[326], é preciso recordar que a autonomia e o direito de autodeterminação de cada pessoa são elementos nucleares para a adequada noção de dignidade da pessoa humana[327], sendo inevitável, em razão de sua pretensão de interferir de forma intensa na esfera íntima do indivíduo, o reconhecimento da inconstitucionalidade da pena voltada à expiação, como medida de preservação da dignidade da pessoa humana, que é limite e tarefa do Estado Democrático de Direito.

2.3. A pena como retribuição moral em Immanuel Kant.

São inegáveis os contributos de Immanuel Kant, expoente do idealismo alemão, no campo da filosofia, merecendo destaque os seus aportes no tocante à compreensão e desenvolvimento da teoria da pena.

Em sua mais célebre obra, "Metafísica dos Costumes", Immanuel Kant afirma que "o direito penal é o direito do soberano, frente àquele que lhe é subordinado, de impor-lhe um sofrimento por seu crime"[328], evidenciando o caráter retributivo e desvinculado de qualquer justificação móvel da punição: pune-se porque foi cometido um crime. Dois pontos merecem atenção antes de prosseguirmos. O crime a que se refere Immanuel Kant é a transgressão à lei pública que incapacita quem a comete para ser cidadão, colocando em perigo não somente uma pessoa, mas a comunidade[329]. Dividem-se os crimes entre crimes públicos e julgados pela justiça penal, como o roubo o furto e a fabricação de dinheiro falso, por exemplo, e os crimes privados, como a apropriação indébita e a fraude na compra e venda praticada na presença da outra parte, julgados pela justiça civil[330]. A construção acerca da pena se refere somente aos crimes públicos[331] e há, inclusive, uma distinção entre a pena

---

[326] Possível extrair do texto expresso da Constituição Federal, enquanto garantias fundamentais, por exemplo, a inviolabilidade da liberdade de consciência e crença (artigo 5º, inciso VII) e a impossibilidade de ser privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política (artigo 5º, inciso VIII).

[327] SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 45.

[328] KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*. Tradução [primeira parte] Clélia Aparecida Martins, tradução [segunda parte] Bruno Nadai, Diego Kosbiau e Monique Hulshof. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013, p. 137.

[329] Ibidem, p. 137.

[330] Ibidem, p. 137.

[331] NAUCKE, Wolfgang. *O alcance do direito penal retributivo em Kant*. Tradução de Fernanda Lara Tórtima. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org). *O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 113.

natural e a pena jurídica ou judicial[332] no raciocínio de Immanuel Kant, que é explicada da seguinte maneira[333]:

> A pena judicial (poena forensis), que se diferencia da natural (poena naturalis) porque nesta última o vício castiga a si mesmo[334] e o legislador de modo algum a leva em consideração, nunca pode servir meramente como meio para fomentar outro bem, seja para o próprio delinquente, seja para a sociedade civil, mas sim tem de ser infligida contra ele apenas porque ele cometeu o crime. Pois o homem nunca pode ser manipulado como mero meio para os propósitos de um outro, nem ser contado entre os objetos do direito real, sendo protegido contra isso por sua personalidade inata mesmo quando possa ser condenado a perder a civil.

A noção de que o homem nunca pode ser coisificado ou instrumentalizado já foi desenvolvida no primeiro capítulo desta dissertação, justamente quando trouxemos a construção kantiana a respeito da dignidade da pessoa humana. Todo ser racional, afirma Immanuel Kant, existe como fim em si mesmo, não podendo ser utilizado simplesmente como meio[335]. A dignidade da pessoa humana, portanto, é exatamente a barreira ética[336] imposta diante de qualquer finalidade preventiva da pena judicial[337] que busque transformar o sujeito em um meio para fomentar um bem individual ou coletivo. A pena jurídica[338], à qual se refere Immanuel Kant, deve ser aplicada de forma estritamente retributiva, portanto, – "apenas porque ele cometeu o crime"[339] –, restabelecendo a justiça que fora afetada em razão do delito[340].

---

[332] Conforme Gustavo Octaviano Diniz Junqueira, a diferenciação entre as duas decorre da separação entre a esfera jurídica e a esfera moral no raciocínio do filósofo de Königsberg (JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri/SP: Manole, 2004, p. 42).

[333] KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*. Tradução [primeira parte] Clélia Aparecida Martins, tradução [segunda parte] Bruno Nadai, Diego Kosbiau e Monique Hulshof. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013, pp. 137-138.

[334] Em que pese o conceito de pena natural não ser aprofundado na passagem transcrita, Immanuel Kant parece abordá-lo em outro momento da obra, quando argumenta: "mas o que significa, então, dizer que 'se você rouba então rouba a si mesmo'? Quem rouba torna insegura a propriedade de todos os demais; ele se rouba, portanto (segundo o direito de retaliação), a segurança de toda propriedade possível" (KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*. Tradução [primeira parte] Clélia Aparecida Martins, tradução [segunda parte] Bruno Nadai, Diego Kosbiau e Monique Hulshof. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013, p. 139).

[335] KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintana, Introdução de *Pedro Galvão*. Lisboa: Edições 70, 2019, p. 72.

[336] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral – arts. 1º a 120*. 28. ed. São Paulo: Saraivajur, 2022, p. 155.

[337] Em sentido contrário, minoritário, afirmando que as finalidades preventivas não teriam sido inteiramente rechaçadas por Immanuel Kant, sendo tão somente insuficientes para legitimar, sozinhas, a punição: HERNÁNDEZ, Héctor H. op. cit., pp. 49-50.

[338] JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri/SP: Manole, 2004, p. 44.

[339] KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*. Tradução [primeira parte] Clélia Aparecida Martins, tradução [segunda parte] Bruno Nadai, Diego Kosbiau e Monique Hulshof. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013, pp. 137-138.

[340] SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Finalidades da pena, conceito material de delito e sistema penal integral*. 2008. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2008, p. 164. doi: 10.11606/T.2.2008.tde-1702209-160214.

Inserida no campo da metafísica dos costumes, é dizer, no "corpo de conhecimento sintético a priori sobre a moralidade, ou seja, sobre o que devemos fazer"[341], a justiça ocupa posição central na construção de Immanuel Kant acerca da finalidade da pena, pois a punição tem como objetivo a restituição dela[342]. Nas palavras do próprio autor, "se perece a justiça, então não tem mais qualquer valor que os homens vivam sobre a Terra"[343]. É esse o motivo, inclusive, que leva Heiko Lesch a afirmar que a pena no raciocínio kantiano não seria somente um fim em si[344], pois buscaria alcançar a justiça, restabelecendo a ordem moral racional[345] perturbada[346]:

> A pena, entendida como o resultado mediato e incondicional de toda ação contrária à lei prática, não é outra coisa senão o restabelecimento daquela ordem, isso é, o resultado racionalmente necessário à transgressão da lei (quia peccatum est). O injusto, já concluído na realidade e, portanto, não suscetível de ser impedido mediante coação (preventiva) contém, assim, uma função que diz respeito ao estado jurídico ideal, e o injusto atinge esse estado em sua exatidão ideal e, com ele, marca definitivamente a perturbação que deve ser eliminada com a pena (tradução nossa).

A lei penal – ou a pena[347] – é um imperativo categórico[348]. Ao contrário do imperativo hipotético, o imperativo categórico exprime uma ordem incondicional ou uma ação objetivamente necessária por si mesma, sem qualquer relação com outra finalidade[349], que nos ordena a agir à revelia de qualquer tendência, inclinação ou

---

[341] KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintana, Introdução de *Pedro Galvão*. Lisboa: Edições 70, 2019, p. XIII.
[342] JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri/SP: Manole, 2004, p. 42.
[343] KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*. Tradução [primeira parte] Clélia Aparecida Martins, tradução [segunda parte] Bruno Nadai, Diego Kosbiau e Monique Hulshof. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013, p. 138.
[344] LESCH, Heiko. op. cit, p. 9.
[345] JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri/SP: Manole, 2004, p. 44.
[346] No original: "La pena, entendida como el resultado mediato e incondicional de toda acción contrária a la ley practica, no es otra cosa que el restabelecimiento de aquel orden, esto es, el resultado racionalmente necesario a la trangresión de la ley (quia peccatum est). El injusto, ya concluido en la realidad y por tanto no suceptible de ser impedido mediante coacción (preventiva) contiene pues uma función atendiendo al estado jurídico ideal, en tanto el injusto daña este estado en su exactitud ideal y com ello marca en definitiva la perturbación que ha de ser eliminada mediante la pena" (LESCH, Heiko. op. cit., pp. 9-10).
[347] DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 69.
[348] Ao introduzir a célebre obra "Fundamentação da Metafísica dos Costumes", de Immanuel Kant, Pedro Galvão define o imperativo categórico como o princípio supremo da moralidade. Em suas palavras: "é um imperativo porque nos surge como uma ordem; é categórico porque se nos aplica incondicionalmente (pelo simples de facto de termos uma vontade racional), e não na condição de termos adoptado determinados fins ou objetivos. O imperativo categórico subjaz a todos os nossos deveres morais específicos, que se nos impõem também categoricamente" (KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintana, Introdução de *Pedro Galvão*. Lisboa: Edições 70, 2019, p. XIV).
[349] Acrescenta Immanuel Kant: "no caso de a acção ser apenas boa como meio para qualquer outra coisa, o imperativo é hipotético; se a acção é representada como boa em si, por conseguinte como necessária numa vontade em si conforme a razão como princípio dessa vontade, então o imperativo é categórico" (Ibidem, p. 52).

disposição natural[350], e é sintetizado no raciocínio kantiano conforme a seguinte fórmula: “age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal”[351]. Possível, aqui, extrair outro ponto fundamental da construção kantiana, que é a defesa da igualdade e racionalidade de todos os seres, pois não se poderia pretender – e exigir – que todos agissem de modo que sua conduta pudesse ser universalmente e incondicionalmente adotada como lei, se não fossem iguais e racionais: “essa legislação tem de poder encontrar-se em cada ser racional mesmo e brotar de sua vontade, cujo princípio é: nunca praticar uma acção senão em acordo com uma máxima que se saiba poder ser uma lei universal”[352]. O agir moral é possível ao ser humano e dele se lhe exige incondicionalmente como um dever no raciocínio de Immanuel Kant, tal qual observa Wolfgang Naucke[353]. A necessidade de existir a pena, por conseguinte, deve ser um consenso entre os seres dotados de razão, embora o próprio Immanuel Kant reconheça que ninguém queira ou deseje sofrer uma punição quando pratica um crime[354].

É exatamente em virtude de a lei penal se tratar de um imperativo categórico, cuja violação deve ser retribuída para restabelecer a justiça afetada, que Immanuel Kant elabora o célebre exemplo da ilha[355]:

> Mesmo que a sociedade civil se dissolvesse com o consentimento de todos os seus membros (se, por exemplo, o povo que vive em uma ilha decidisse desagregar-se e espalhar-se pelo mundo), o último assassino no cárcere teria de ser antes executado, de modo que cada um recebesse o que merecem seus atos e a culpa sangrenta não recaísse sobre o povo, que não fez por merecer essa punição, mas poderia ser considerado cúmplice nessa violação pública da justiça.

Como se vê, o exemplo da ilha demonstra com clareza o princípio retributivo idealizado por Immanuel Kant. Ainda que não houvesse qualquer benefício individual ou coletivo no futuro, a pena seria devida em virtude do que representa. Haveria um dever moral dos seres racionais de restabelecer a justiça abalada, conforme o raciocínio do autor.

---

[350] KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintana, Introdução de *Pedro Galvão*. Lisboa: Edições 70, 2019, p. 68.
[351] Ibidem, p. 62.
[352] Ibidem, p. 81.
[353] NAUCKE, Wolfgang. *O alcance do direito penal retributivo em Kant*. Tradução de Fernanda Lara Tórtima. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org). *O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, pp. 106-107.
[354] KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*. Tradução [primeira parte] Clélia Aparecida Martins, tradução [segunda parte] Bruno Nadai, Diego Kosbiau e Monique Hulshof. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013, p. 141.
[355] Ibidem, p. 139.

Possível extrair, também do referido exemplo, a medida da pena. Ao defender a execução dos assassinos encarcerados, Immanuel Kant reforça a argumentação expendida em outros momentos de sua obra: não há outra medida para a pena senão "o princípio da igualdade (na posição de fiel da balança da justiça), de modo a não pender mais para um lado do que para o outro"[356]. O *ius talionis*, já abordado em momento anterior deste capítulo, orienta a punição justa, na concepção kantiana, devendo ser devolvida a mesma quantidade de dor injustamente infligida à vítima[357], com a ressalva de que deve ser aplicada por tribunal, não por um particular[358] e, não obstante se admita a pena de morte, a eventual execução do condenado deve ser livre de maus-tratos, preservando-se a sua humanidade[359].

Como observa Patricia Vanzolini, são merecidamente reconhecidos os contributos de Immanuel Kant às noções de dignidade da pessoa humana e proporcionalidade no Direito Penal[360], estabelecendo a culpa como pressuposto necessário da pena. De todo modo, convém destacar, desde logo, que a pena de morte defendida por Immanuel Kant em determinadas hipóteses deve ser descartada no contexto do Estado Democrático de Direito, conforme se extrai da própria dignidade da pessoa humana e do princípio da humanidade das penas.

Acreditamos ser merecedora de nota a reflexão proposta por Luís Greco que, ao analisar o raciocínio kantiano a partir do exemplo da ilha, demonstra que a imensa rejeição ao retributivismo de Immanuel Kant não raras vezes ocorre com base em fundamentos inadequados[361]. Luís Greco busca em Michael Moore (citando as obras "*Closet retributivism*", "*The moral worth of retribution"* e "*Justifying retributivism*"[362]) um poderoso alicerce para a sua construção. Ao trabalhar com o exemplo hipotético do "estuprador Chaney", o autor instiga os chamados "retributivistas no armário" e

---

[356] KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*. Tradução [primeira parte] Clélia Aparecida Martins, tradução [segunda parte] Bruno Nadai, Diego Kosbiau e Monique Hulshof. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013, p. 138.
[357] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro, parte geral*. 13. ed. São Paulo: Thomas Reuters Brasil, 2019, p. 240.
[358] KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*. Tradução [primeira parte] Clélia Aparecida Martins, tradução [segunda parte] Bruno Nadai, Diego Kosbiau e Monique Hulshof. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013, p. 138.
[359] Ibidem, p. 139.
[360] VANZOLINI, Patricia. *Teoria da pena: sacrifício, vingança e direito penal*. São Paulo: Tirant lo Blanch: 2019, p. 73.
[361] GRECO, Luís. *A ilha de Kant.* In: GRECO, Luís; MARTINS, António Carvalho (Org.). *Direito penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70° aniversário em 2 de setembro de 2012*. Madrid: M. Pons, 2012.
[362] Ibidem, pp. 268-270.

demonstra que o exemplo da ilha kantiana não pode ser menosprezado ou reduzido ao ridículo, indagando quantas pessoas aceitariam que um estuprador em série não sofresse nenhuma punição ou tivesse uma punição simulada com base em hipotéticos prognósticos que indicassem que ele jamais voltaria a delinquir[363]. No seu entender, o raciocínio kantiano precisa ser rejeitado, mas não se trata de uma tarefa simples. A rejeição, portanto, deve ocorrer essencialmente por duas razões.

A primeira delas seria a equivocada percepção de que haveria uma relação de simetria entre o quanto é injusto punir um inocente e o quanto é injusto deixar de punir um culpado. Seria, na verdade, assimétrica a relação entra as duas injustiças retratadas, tanto quantitativamente, pois punir o inocente é mais injusto do que não punir o culpado, quanto qualitativamente, na medida em que punir o inocente é uma injustiça de natureza diversa da injustiça de deixar impune o culpado[364]. O comando de punir o culpado tem natureza relativa, sobretudo em virtude do princípio da lesividade, ao passo que a proibição de punir o inocente teria natureza cogente ou absoluta, pois aceitá-la implica em abrir mão da razão de ser do Direito Penal no Estado Democrático de Direito, convertendo uma garantia do cidadão frente ao arbítrio estatal em mecanismo de punição independente de culpa, sem olvidar a admissão da mediatização do ser humano (inocente) a depender da conveniência do caso concreto, violando sua dignidade[365].

Em segundo lugar, conforme Luís Greco, afirmar que a pena não precisa produzir qualquer ganho para que seja justificada significa defender que haveria razão para punir a injustiça intrínseca a certos fatos, independentemente da existência de um dano social ou da lesão de um bem jurídico[366]. Nesse ponto, fundamental recordar o raciocínio de Jorge de Figueiredo Dias, destacando que a relação entre pena e culpa não é biunívoca[367], ou seja, mesmo que toda pena suponha a culpa, nem toda culpa supõe a pena. A culpa certamente opera como pressuposto e limite da pena, mas não é o seu único fundamento[368].

---

[363] GRECO, Luís. *A ilha de Kant.* In: GRECO, Luís; MARTINS, António Carvalho (Org.). *Direito penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70° aniversário em 2 de setembro de 2012*. Madrid: M. Pons, 2012, p. 268-270.
[364] Ibidem, p. 275.
[365] Ibidem, pp. 276-277.
[366] Ibidem, p. 278.
[367] DIAS, Jorge de Figueiredo, op. cit., p. 71.
[368] Ibidem, p. 72.

Embora discorde Wolfgang Naucke neste ponto[369], acreditamos que o raciocínio kantiano pode conduzir à punição, por exemplo, da mãe que, sem outra alternativa, furta um supermercado para alimentar seu filho, dado que a pena é a consequência incondicional da prática de um crime, em evidente descompasso com o princípio da lesividade e, consequentemente, com o Estado Democrático de Direito. A pena não pode ser encarada como um fim em si mesmo, derivada da simples violação do dever jurídico[370]: deve se provar necessária e adequada ao caso concreto, pois a possibilidade da punição não redunda na sua necessidade[371].

Prosseguindo, consoante Gustavo Octaviano Diniz Junqueira, a premissa fortemente humanista e idealista do raciocínio kantiano de que o imperativo seria alcançado por todos graças à racionalidade "despreza a realidade social de imensa desigualdade, que não permite a todos o desenvolvimento de suas potencialidades com a mesma força"[372]. Ainda conforme o autor, o perigo dessa ideia é justamente o de fomentar a arbitrariedade ao conceder a um grupo de eleitos a faculdade de revelar quais seriam os imperativos, "constantemente utilizando o argumento de uma ilusória verdade objetiva como força de convencimento no discurso"[373]. Na medida em os conflitos são a tônica das relações sociais, o falacioso consenso projetado pelo grupo de eleitos, em última análise, nada mais seria do que a imposição da moral do setor dominante aos setores vulneráveis sob a veste de imperativo categórico.

Também por estar afastado da realidade social marcada pelo conflito, o raciocínio desenvolvido por Immanuel Kant ignora a seletividade do sistema penal. Na década de 1960, mormente em virtude do que se convencionou chamar "labeling approach", a criminologia supera o paradigma etiológico, abandonando a noção de crime e criminoso como dados ontológicos, preconcebidos, passando a compreendê-los como o resultado de processos ligados à reação das instâncias formais de controle

---

[369] Para o autor, parece duvidoso acreditar que Immanuel Kant se referisse até mesmo aos furtos mais insignificantes como crimes públicos capazes de afetar a existência comum (NAUCKE, Wolfgang. *O alcance do direito penal retributivo em Kant*. Tradução de Fernanda Lara Tórtima. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org). *O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 116), mas, talvez, e com o devido respeito, essa conclusão esteja mais próxima da noção minimalista do Direito Penal encampada por Wolfgang Naucke do que de Immanuel Kant, que não a demonstra de forma expressa em sua obra.

[370] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro, parte geral*. 13. ed. São Paulo: Thomas Reuters Brasil, 2019, p. 240.

[371] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 207.

[372] JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri/SP: Manole, 2004, p. 44.

[373] Ibidem, pp. 44-45.

social[374]. Crime, na realidade, é o fato percebido como crime, enquanto o criminoso é o indivíduo percebido dessa forma, pois a prática de uma conduta definida como criminosa não faz com que uma pessoa adquira características especiais ou tenha sua essência alterada. Essa constatação é de extrema relevância uma vez que, conforme Eugenio Raúl Zaffaroni, "a disparidade entre o exercício de poder programado e a capacidade operativa dos órgãos é abissal"[375], de modo que o sistema penal "está estruturalmente montado para que a legalidade processual não opere e, sim, para que exerça seu poder com altíssimo grau de arbitrariedade seletiva dirigida, naturalmente, aos setores vulneráveis"[376] e aos inábeis[377], operando discricionariamente nas hipóteses desejadas. A justificação moral puramente retributiva idealizada por Immanuel Kant, com o devido respeito, se demonstra demasiadamente etérea para orientar a finalidade da pena, não se imaginando como um sistema penal poderia segui-la em sua inteireza sem cair em contradição. Em primeiro lugar, o sistema penal jamais será capaz de lidar com toda e qualquer perturbação à ordem moral racional – justiça – e, além disso, sequer é possível precisar o número de perturbações, pois um considerável contingente delas sequer é comunicado às autoridades – cifra oculta. O resultado da defesa da lei penal enquanto imperativo categórico, portanto, partindo da premissa de que o sistema penal opera seletivamente, é a sua transformação em um poderoso instrumento retórico voltado à opressão de setores vulneráveis.

Não há como se admitir a pena enquanto justificação moral. Desvinculada de qualquer finalidade ou pretensão preventiva, ainda que sob a justificativa de restabelecer, na Terra, a ideia pura de justiça[378] perturbada pelo crime, a pena se torna a mera retribuição de um mal com outro mal[379]. Como destacamos anteriormente, o Direito Penal pautado no Estado Democrático de Direito opera como "um discurso que se oferece aos juristas para regular o exercício de seu poder jurídico,

---

[374] ANIYAR DE CASTRO, Lola; CODINO, Rodrigo. *Manual de Criminologia Sociopolítica*; tradução Amina Vergara. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017, p. 218.
[375] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Trad. Vania Romero Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. 5. ed, 6. reimp. Rio de Janeiro: Revan, 2018, p. 26.
[376] Ibidem, p. 27.
[377] ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al*. *Direito Penal brasileiro: primeiro volume – Teoria geral do Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 142.
[378] DIAS, Jorge de Figueiredo, op. cit., p. 71.
[379] Não se explica satisfatoriamente, na construção de Claus Roxin, "como se pode pagar um mal cometido, acrescentando-lhe um segundo mal" (*Problemas fundamentais de direito penal*. Trad. Ana Paula dos Santos; Luís Natscheradetz. 3. ed. Lisboa: Vega, 2004, p. 19).

ou seja, um projeto técnico-político de funcionamento do semáforo judicial de contenção do trânsito do poder punitivo"[380]. Nesse contexto, jamais poderia se servir de uma pena desvinculada de fins, se arvorando em uma "entidade sancionadora do pecado e do vício"[381].

2.4. A pena como retribuição jurídica em Georg Wilheim Friedrich Hegel.

Célebre expoente do idealismo alemão ao lado de Immanuel Kant, Georg Wilheim Friedrich Hegel também foi responsável por contribuições marcantes à teoria da pena. Diferentemente de Immanuel Kant, todavia, Georg Wilheim Friedrich Hegel desenvolve a pena como uma retribuição jurídica, destinada a "restaurar o direito por meio de uma violência, em sentido contrário, que reestabeleça o ordenamento legal violado"[382].

No pensamento hegeliano, partindo da premissa de que "o que é racional é real e o que é real é racional"[383] o Direito se apresenta como a expressão da vontade geral, cujas bases são a liberdade e a racionalidade[384][385]. Por conseguinte, a vontade particular expressada por um indivíduo, que lesiona, nega, ou entra em conflito com a vontade geral – o Direito, liberdade em sentido concreto – é o que se chama de crime[386]. Por negar o Direito, a correção do crime se daria mediante a sua negação – negação da negação –, que o anula e reafirma o Direito[387], como se depreende da obra "Princípios da Filosofia do Direito"[388]:

> Para si, esta vontade em si existente (o direito, a lei em si) antes é o que não existe anteriormente, o que, portanto, não pode ser violado. Do mesmo modo, a violação é, para a vontade particular da vítima e dos outros, algo de negativo. A violação só tem existência positiva como vontade particular do criminoso. Lesar esta vontade como vontade existente é suprimir o crime, que, de outro modo, continuaria a apresentar-se como válido, e é também a restauração do direito.

---

[380] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Direito penal humano e poder no século XXI*. Trad. Ílison Dias dos Santos; Jhonatas Péricles Oliveira de Melo. Salvador: EDUFBA, 2020, p. 30.
[381] DIAS, Jorge de Figueiredo, op. cit., p. 71.
[382] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 205.
[383] HEGEL, Georg Wilhem Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Trad: Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. XXXVI.
[384] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral – arts. 1º a 120*. 28. ed. São Paulo: Saraivajur, 2022, p. 150.
[385] Conforme Georg Wilhem Friedrich Hegel: "o fato de uma existência em geral ser a existência da vontade livre constitui o Direito. O Direito é, pois, a liberdade em geral como Ideia" (op. cit., p. 31).
[386] HEGEL, Georg Wilhem Friedrich, op. cit., p. 85.
[387] ROXIN, Claus. *Derecho penal – parte general, tomo I, fundamentos. La estructura de la teoria del delito*. Tradução: Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díazy García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 1. ed. Espanha: Civitas, 1997, p. 83.
[388] HEGEL, Georg Wilhem Friedrich, op. cit., pp. 87-88.

A referida negação da negação com o intuito de reafirmar o Direito se concretiza por meio da pena e, segundo Cezar Roberto Bitencourt, é clara a aplicação do método dialético nesse processo, já que a tese estaria representada pela vontade geral – ordem jurídica –, ao passo que o crime, como a negação da vontade geral, seria a antítese e, finalmente, a negação da negação, ou a pena, seria a síntese[389].

Desde logo, importa repisar que não se busca suprimir o crime enquanto a produção de um mal, mas como violação de um direito, pois não se consideraria razoável promover um mal somente em virtude de um mal preexistente[390]. Como pontua Heiko Lesch, o crime reverbera, no raciocínio hegeliano, em dois planos: o primeiro deles seria o da existência jurídica externa, é dizer, a existência da liberdade no seu aspecto exterior (existência do crime), materializada na propriedade, por exemplo, e, em segundo lugar, sobre a liberdade em sua mais alta determinação (conceito do crime)[391]. O Direito Penal não é capaz de sanar as consequências externas, não sendo viável atribuir à pena qualquer finalidade preventiva em face desse tipo de dano ou violência, pois ela sempre estará atrasada[392]. A reparação exterior do dano causado "é abolida como dano por meio da indenização civil que lhe é equivalente sempre que a reparação se pode dar"[393]. A pena, assim, se relaciona ao conceito de crime. Posto que o ser humano é um "ser de razão"[394], ao suprimir a existência do crime, que é compreendido como a expressão da vontade livre e racional daquele que o pratica, a pena contém o seu próprio direito e, por esse motivo, dignifica a sua racionalidade[395] sempre que o conceito e extensão forem determinados "pela natureza do ato criminoso"[396], de onde se extrai a proporcionalidade da pena no raciocínio hegeliano. Para mais, sustenta Georg Wilheim Friedrich Hegel que a ausência da apontada proporcionalidade em prol da mera intimidação ou correção impede a dignificação da racionalidade do ser humano, reduzindo-o ao status de

[389] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral – arts. 1º a 120*. 28. ed. São Paulo: Saraivajur, 2022, p. 156.
[390] HEGEL, Georg Wilhem Friedrich, op. cit., pp. 88-89.
[391] LESCH, Heiko. op. cit., p. 12.
[392] Ibidem, pp. 12-13.
[393] HEGEL, Georg Wilhem Friedrich, op. cit., p. 87.
[394] Ibidem, p. 89.
[395] Ibidem, pp. 89-90.
[396] Ibidem, p. 90.

animal perigoso[397], pelo que se denota a rejeição às finalidades preventivas da pena[398].

Se encararmos a pena como mera coação imposta à liberdade, portanto, será simplesmente um mal, exatamente como é o crime. Quando delito e pena se interrelacionam conceitualmente, afirma Heiko Lesch, situados em um mesmo contexto interno e funcional, é que se pode falar em uma pena em si e para si justa, objetivamente racional como o Direito[399]. A finalidade da pena, portanto, é a de reagir ao crime e confirmar simbolicamente o ordenamento jurídico[400] diante da perturbação originada pela expressão da vontade individual daquele que pratica um crime, que só existe para si[401]. Nesse sentido, acentua Gustavo Octaviano Diniz Junqueira que "a prática do delito é a declaração de uma pretensa lei, particular, que permite lesar a outro e que se busca fazer valer diante de uma vontade geral"[402]. O assassino, por exemplo, propõe uma lei que afirma ser possível matar, e, justamente em respeito à sua racionalidade que manifesta essa vontade, estaria autorizada sua pena de morte[403].

Não somente por uma necessidade interna de o ordenamento negar a negação e se reconciliar com a sua realidade, mas também por uma necessidade externa, que seria a manutenção da identidade social, é que a pena deve ser aplicada, pois o crime que não é punido permanece vigente enquanto proposta de orientação do comportamento, afirmando que o racional não é real, e sim o crime, o que causaria a ruína da sociedade[404]. Nesse ínterim, tratando da quantidade e qualidade da pena correspondente ao conceito do crime, afirma Georg Wilheim Friedrich Hegel que o *ius talionis* não pode ser aplicado de modo literal[405] e que a almejada proporcionalidade não deriva de uma igualdade qualitativa, mas, sim, de uma igualdade de valor[406]. Este, todavia, não é estabelecido de forma fixa[407], sofrendo variações de acordo com o

---

[397] HEGEL, Georg Wilhem Friedrich, op. cit., p. 90.
[398] JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri/SP: Manole, 2004, p. 47.
[399] LESCH, Heiko. op. cit., p. 16.
[400] Afirma Heiko Lesch que essa confirmação do ordenamento teria uma dimensão histórico-dialética, bem como funcional-social, do que decorreria uma necessidade interna e outra externa do ordenamento (op. cit., p. 17).
[401] HEGEL, Georg Wilhem Friedrich, op. cit., p. 94; LESCH, Heiko, op. cit., p. 17.
[402] JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri/SP: Manole, 2004, p. 48.
[403] LESCH, Heiko. op. cit., p. 14.
[404] Ibidem, pp. 17-18.
[405] HEGEL, Georg Wilhem Friedrich, op. cit., pp. 91-92; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral – arts. 1º a 120*. 28. ed. São Paulo: Saraivajur, 2022, p. 157.
[406] HEGEL, Georg Wilhem Friedrich, op. cit., p. 90.
[407] LESCH, Heiko, op. cit., p. 19.

perigo social ocasionado pelo crime em determinada sociedade[408]. Uma sociedade segura de si terá no crime a manifestação de uma vontade irracional e débil, reclamando uma pena igualmente débil para suprimi-la, ao passo que em uma sociedade instável um determinado crime pode demandar uma punição de extremo rigor, desde que assim seja necessário para suprimi-lo[409].

As críticas à construção de Georg Wilheim Friedrich Hegel são, em grande parte, similares às realizadas em face do raciocínio kantiano, comuns às teorias absolutas ou retributivas.

Luigi Ferrajoli critica a concepção retributiva da pena, na medida em que se trataria de um equívoco assumir que a pena-retribuição possui um valor intrínseco que a torna um fim em si própria, por confundir validade e justiça, ou, em outros termos, a legitimação interna e externa[410]. A retribuição jurídica proposta por Georg Wilheim Friedrich Hegel, tal qual a retribuição moral proposta por Immanuel Kant, são filosoficamente absurdas, conforme Luigi Ferrajoli, e trariam antigas crenças mágicas que sustentam a possibilidade de reafirmar uma ordem natural violada, conectando-se "à subjetividade maldosa e culpada do réu com base em uma concepção naturalista ou ontológica tanto da moral como do direito"[411], o que já havia sido negado pela objeção de Platão de que o que foi feito não pode ser desfeito[412]. Por fim, acrescenta Luigi Ferrajoli que a retribuição jurídica proposta por Georg Wilheim Friedrich Hegel equivale "a uma legitimação ainda mais apriorística e incondicionada" que a retribuição moral proposta por Immanuel Kant, além de partir da "perversão ideológica e autoritária do positivismo jurídico segundo a qual o direito se autojustifica, bastando para tanto a sua forma e a sua fonte, independente do seu conteúdo"[413]. Nesse ponto, inclusive, reside um dos mais sérios problemas do raciocínio hegeliano. Ao não proibir que se inclua no Código Penal qualquer conduta, devendo tão somente o ordenamento jurídico enquanto vontade geral e pretensamente racional ser protegido e reafirmado mediante a imposição da pena, concederíamos ao legislador um cheque em branco que representa não somente "uma debilidade teórica, mas também um

---

[408] HEGEL, Georg Wilhem Friedrich. op. cit., p. 194.
[409] JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri/SP: Manole, 2004, p. 50.
[410] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, pp. 207-208.
[411] Ibidem, pp. 205-206.
[412] Ibidem, p. 206.
[413] Ibidem, p. 208.

perigo prático”[414].

Recordamos, ainda, a construção de Jorge de Figueiredo Dias, no sentido de que a relação entre a pena e culpa não é biunívoca (mesmo que toda pena suponha a culpa, nem toda culpa supõe a pena)[415]. Ao sustentar que a imposição da pena tem a finalidade de reafirmar o Direito, anulando o crime, Georg Wilheim Friedrich Hegel a estabelece como necessária, sendo mais ou menos intensa a depender do grau de perigo social que o crime causa em determinada sociedade. Assim, se torna evidente o descompasso com o princípio da lesividade, pois o crime, pelo simples fato de sê-lo, deve ser negado pela imposição da pena, independente de efetiva lesão a um bem jurídico que não seja a apriorística e abstrata necessidade de manter vigente o ordenamento jurídico enquanto vontade geral racional. A própria generalidade, ressalte-se, é questionável diante da frágil premissa de que o consenso, e não o conflito, rege a sociedade, como já tivemos a oportunidade de apontar. Ademais, vincular a intensidade da pena ao perigo social causado pelo crime em determinada sociedade ofende o princípio da reserva legal e abre margem para autoritarismos, não se tratando de um critério seguro no contexto do Estado Democrático de Direito para justificar a imposição de uma das mais gravosas medidas estatais em desfavor do cidadão.

Por ignorar a seletividade do sistema penal, é possível criticar o raciocínio hegeliano do mesmo modo que criticamos o raciocínio kantiano. Se é impossível punir todos os crimes, dado que “a disparidade entre o exercício de poder programado e a capacidade operativa dos órgãos é abissal”[416], então há de se ter especial cautela com um discurso que estabelece a pena como consequência necessária do crime praticado, pois, incapaz de alcançar todos, esse poderoso instrumento retórico pretensamente racional e autojustificado se volta maioritariamente à opressão de setores vulneráveis.

Como se vê, no contexto do Estado Democrático de Direito, a pena enquanto mera retribuição jurídica ou “entidade independente de fins”[417], como as demais

---

[414] ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. 3. ed. Lisboa: Vega, 2004, pp. 17-18.
[415] DIAS, Jorge de Figueiredo. op. cit., p. 71.
[416] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Trad. Vania Romero Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. 5. ed, 6. reimp. Rio de Janeiro: Revan, 2018, p. 26.
[417] DIAS, Jorge de Figueiredo, op. cit., p. 70.

teorias absolutas, despreocupada com finalidades preventivas, (voltadas preponderantemente ao futuro, portanto), não pode ser adotada. Ao estabelecer a pena como consequência necessária da prática de um crime, não somente é violado o princípio da lesividade, mas também o princípio da reserva legal, na medida em que a intensidade da pena seria regulada pelo perigo social ocasionado pelo crime, o que retira a necessária segurança do cidadão diante do Estado e do Direito Penal. Por todas as demais razões anteriormente expostas, há de se rechaçar a pena enquanto retribuição jurídica idealizada por Georg Wilheim Friedrich Hegel.

2.5. Teorias absolutas da pena, neo-retributivismo e o necessário abandono da pena enquanto pura retribuição.

Antes de proceder às considerações finais sobre as teorias absolutas ou retributivas da pena, acreditamos ser necessário apontar que a construção da pena enquanto retribuição não se esgota nas propostas anteriormente apresentadas, embora tenhamos em Immanuel Kant e Georg Wilheim Friedrich Hegel suas mais célebres formulações estritamente retributivas. Novas ideias e alternativas, por vezes denominadas neo-retributivistas[418] ou neo-retribucionistas[419], sejam elas mais ou menos relevantes na doutrina, têm em comum a ideia da retribuição como finalidade única ou preponderante da pena. Não obstante, como afirma Luís Greco "a posição standard na comunidade científica alemã, espanhola, italiana e portuguesa considera a teoria da retribuição não apenas errônea, mas sequer merecedora de discussão"[420]. O próprio Luís Greco sublinha, contudo, que na própria Alemanha e no mundo anglo-saxônico a retribuição ainda encontra defensores[421].

À guisa de exemplo e entre tantos outros, embora não trabalhem com teorias puramente retributivas, podemos citar Heiko Lesch, Wolfgang Naucke e Andrew von Hirsch.

Heiko Lesch apresenta sua teoria funcional retributiva e compensadora da

---

[418] VANZOLINI, Patricia. *Teoria da pena: sacrifício, vingança e direito penal*. São Paulo: Tirant lo Blanch: 2019, p. 75.
[419] ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al*. *Direito Penal brasileiro: primeiro volume – Teoria geral do Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 141.
[420] GRECO, Luís. *A ilha de Kant.* In: GRECO, Luís; MARTINS, António Carvalho (Org.). *Direito penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70° aniversário em 2 de setembro de 2012*. Madrid: M. Pons, 2012, p. 264.
[421] Ibidem, p. 264.

culpabilidade[422] trazendo fortes inspirações hegelianas combinadas com finalidades prático-utilitaristas[423]. Aduz, em primeiro lugar, que pena e delito se localizam no mesmo plano e possuem um significado simbólico-comunicador[424]. O autor de um delito enuncia um esboço de mundo que contradiz, por sua vez, o esboço de mundo feito pela vítima, que ao seu turno corresponde à uma expectativa normativa geral e garantida pelo Estado, tornando o conflito público, de modo que a pena estabiliza as expectativas de que é possível a vida em sociedade[425]. Heiko Lesch, assim, faz a seguinte análise de sua proposta funcional retributiva: "é absoluta porque se pune 'quia peccatum est' e não 'quia peccetur'. É relativa porque essa punição não é 'absoluta ab effectu', não é um fim em si mesma, pois tem uma função" (tradução nossa)[426].

Wolfgang Naucke desenvolve o que se convenciona chamar de proposta diferenciadora[427], aduzindo que a pena assume funções distintas em grupos de ações puníveis[428]. O autor afirma a possibilidade de restringir o âmbito de incidência do Direito Penal partindo do raciocínio de Immanuel Kant[429], por exemplo, e assevera que, no que diz respeito aos "fatos puníveis dolosos e violentos" (tradução nossa)[430][431], embora não possa ser brutal, é preciso que a pena seja retributiva e enérgica dada a violência causada pelo delito, pois frente às vítimas não seria possível

---

[422] LESCH, Heiko. op. cit., p. 50.
[423] Ibidem, p. 50.
[424] LESCH, Heiko. op. cit., p. 49.
[425] Ibidem, p. 49.
[426] No original: "es absoluta, porque se pena 'quia peccatum est' y no 'ne peccetur'. Es relativa, porque esa punición no es 'absoluta ab effectu', no es fin en sí misma, sino que tiene uma función" (LESCH, Heiko. op. cit., p. 50).
[427] BOZZA, Fabio; ZILIO, Jackson. *Os fins do direito penal*. 1. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021, p. 139.
[428] NAUCKE, Wolfgang. *Derecho penal. Una introducción*. Traducción de la 10ª edición alemana por Leonardo Germán Brond. Buenos Aires: Astrea, 2006, p. 59.
[429] NAUCKE, Wolfgang. *O alcance do direito penal retributivo em Kant*. Tradução de Fernanda Lara Tórtima. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org). *O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 122.
[430] No original: "hechos punibles dolosos de violencia" (NAUCKE, Wolfgang. *Derecho penal. Una introducción*. Traducción de la 10ª edición alemana por Leonardo Germán Brond. Buenos Aires: Astrea, 2006, p. 60).
[431] Segundo o autor, "neste grupo de fatos puníveis estão agrupados os ataques previstos e realizados com dureza a importantes bens humanos (vida, saúde, liberdade, bens pessoais), que em nenhuma época se quis que fossem afetados mediante violência, porque são as condições para uma existência digna com uma mínima medida de liberdade" (tradução nossa). No original: "en este grupo de hechos punibles están agrupados los ataques planeados y realizados con dureza a importantes bienes humanos (vida, salud, libertad, bienes humanos), en cuya disposición en ninguna época se quiere que sean afectados mediante violencia, porque son las condiciones para una existencia digna con una medida mínima de libertad" (NAUCKE, Wolfgang. *Derecho penal. Una introducción*. Traducción de la 10ª edición alemana por Leonardo Germán Brond. Buenos Aires: Astrea, 2006, pp. 60-61).

sustentar uma finalidade puramente ressocializadora para a pena: “a atrocidade dos fatos puníveis dolosos e violentos conduz à pena retributiva” (tradução nossa)[432].

Andrew von Hirsch, por sua vez, segue outro caminho. Admitindo que a pena também teria uma finalidade preventivo-geral de fornecer, não somente no momento da aplicação, mas desde a cominação legal, censuras implícitas que desencorajam os indivíduos a praticar crimes – espécie de desincentivo moral e prudencial para resistir à essa tentação[433] –, o autor afirma que na sua construção e justificação para o castigo “a função reprobatória tem primazia”[434], sendo proporcional[435] ao grau de reprovabilidade da conduta[436]. Embora não seja o momento de analisar detidamente as teorias mistas, tendo em vista que ainda examinaremos todas as teorias preventivas da pena, nos importa, nesse momento, destacar que a retribuição como finalidade da pena não é, de modo algum, uma ideia superada na doutrina, como demonstramos.

Acreditamos ser possível afirmar que qualquer teoria puramente retributiva da pena deva ser rechaçada. Há méritos inegáveis, contudo. São reconhecidos, como apontamos, os contributos às noções de dignidade da pessoa humana a partir da vedação à instrumentalização do ser humano. Também merece destaque o estudo a respeito da proporcionalidade no Direito Penal[437] e de vinculação da pena à culpabilidade do agente, buscando limitar o arbítrio estatal na medida em que a pena só estaria justificada “como retribuição adequada ao autor do injusto culpável”[438], sob pena de violação da própria dignidade da pessoa humana[439].

Em que pese as críticas que já enunciamos ao longo da exposição da pena como vingança, expiação, retribuição moral e retribuição jurídica, é preciso tecer comentários finais sobre a retribuição enquanto finalidade da pena.

A teoria retributiva ou absoluta da pena confunde os fins da pena e os fins do

---

[432] No original: “la atrocidad de los hechos punibles dolosos de violencia conduce a la pena retributiva” (NAUCKE, Wolfgang. *Derecho penal. Una introducción*. Traducción de la 10ª edición alemana por Leonardo Germán Brond. Buenos Aires: Astrea, 2006, p. 61).
[433] VON HIRSCH, Andrew. *Censurar y castigar*. Trad. Elena Larrauri. Madrid: Trotta, 1998, p. 39.
[434] No original: “la función reprobatoria tiene primacía” (Ibidem, p. 41).
[435] Ibidem, p. 40.
[436] Ibidem, p. 42.
[437] VANZOLINI, Patricia. *Teoria da pena: sacrifício, vingança e direito penal*. São Paulo: Tirant lo Blanch: 2019, p. 73.
[438] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral – arts. 1º a 120*. 28. ed. São Paulo: Saraivajur, 2022, p. 158.
[439] JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri/SP: Manole, 2004, p. 52.

Direito Penal, como observa Gustavo Octaviano Diniz Junqueira: “o crime seria o fundamento jurídico ou pressuposto da pena, mas não seu fim”[440]. Ao contrário de fundamentar a pena, portanto, as teorias da retribuição pressupõem a sua necessidade[441], não respondendo por que está justificado castigar[442] e autorizando modelos não liberais de Direito Penal máximo[443]. Como destacamos, a relação entre pena e culpa não é biunívoca[444] e, por essa razão, não há como se admitir, no Estado Democrático de Direito, uma pena que abdique de qualquer fim socialmente útil[445].

Além disso, assevera Claus Roxin, a própria justificação da sanção penal com fundamento na compensação da culpa parte de uma premissa indemonstrável, que é o livre arbítrio[446]. Por sua vez, acrescentam Fabio Bozza e Jackson Zilio que as próprias teorias da retribuição não são passíveis de comprovação empírica, pois não há “evidência fática que demonstre que a pena tem o poder de neutralizar o delito praticado e, por consequência, reafirmar a ordem jurídica”[447]. A ideia de que se pode compensar um mal com outro mal, ou uma violência com outra violência, não é explicável senão por um ato de fé[448].

Há outro sensível problema decorrente do confisco do conflito pelo Estado, excluindo a vítima do modelo punitivo[449]. É certo que, na atual configuração social, ainda que não se possa admitir que a necessidade de vingança da vítima oriente a pena a ser aplicada diante do ofensor, não se responde suficientemente, a partir das teorias retributivas, por qual razão a pena deveria ser aplicada se a própria vítima não

---

[440] JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri/SP: Manole, 2004, p. 52.
[441] ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. 3. ed. Lisboa: Vega, 2004, p. 17.
[442] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral – arts. 1º a 120*. 28. ed. São Paulo: Saraivajur, 2022, p. 160.
[443] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 208.
[444] DIAS, Jorge de Figueiredo. op. cit., p. 71.
[445] ROXIN, Claus. *Derecho penal – parte general, tomo I, fundamentos. La estructura de la teoria del delito*. Tradução: Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díazy García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 1. ed. Espanha: Civitas, 1997, p. 84.
[446] ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. 3. ed. Lisboa: Vega, 2004, p. 18.
[447] BOZZA, Fabio; ZILIO, Jackson, op. cit., p. 39.
[448] ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Trad. Ana Paula dos Santos; Luís Natscheradetz. 3. ed. Lisboa: Vega, 2004, p. 19.
[449] ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al*. *Direito Penal brasileiro: primeiro volume – Teoria geral do Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 114.

a julgasse necessária[450], ou por qual razão nesses casos o Estado estaria legitimado a exigir uma retribuição[451].

Partindo da equivocada premissa de que o delito é um fenômeno natural, e não um fato social percebido como criminoso, como também destacamos, é preciso recordar o raciocínio de Eugenio Raúl Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar a respeito da seletividade inerente ao sistema penal diante do seu desinteresse e incapacidade para responder todas as situações potencialmente criminosas: “se alguma coisa está retribuída é a inabilidade, não o delito”[452].

As teorias retributivas ou absolutas da pena, portanto, devem ser prontamente rechaçadas. Oferecem, no máximo, um critério orientador do *quantum* da pena imposta, pois não seria tolerável que ela, enquanto violência seletiva, sequer guardasse relação de equivalência com a intensidade da lesão ocasionada pelo fato percebido como criminoso[453]. Essa mínima proporcionalidade é definida por Eugenio Raúl Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar como um dos limites ao 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”[454].

---

[450] Excluindo-se, evidentemente, as hipóteses de ação penal privada, ação penal pública condicionada à representação, bem como os tipos penais que não ofendem uma pessoa ou grupo de pessoas delimitável.
[451] ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al*. *Direito Penal brasileiro: primeiro volume – Teoria geral do Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 142.
[452] Ibidem, p. 142.
[453] Ibidem, p. 143.
[454] Ibidem, p. 143.

3. Teorias preventivas ou relativas da pena.

As teorias relativas ou preventivas partem da premissa de que a pena não se basta enquanto um mal para quem a sofre, devendo se revestir, na qualidade de instrumento de política criminal destinado a atuar no mundo, de "sentido social-positivo"[455] e "finalidades supostamente demonstráveis"[456]. Dirigem-se ao futuro, buscando um fim socialmente útil à punição – por isso são chamadas de relativas, em contraposição às autorreferenciais teorias absolutas da pena –, que pode ser resumido na prevenção do crime[457]. Segundo Heiko Lesch, todas elas partem da ideia de que o fundamento real da pena repousa no passado (culpabilidade), ao passo que o fundamento final, ou seja, o que se almeja alcançar, se encontra referido no futuro[458]. Daí ser possível afirmar, por conseguinte, que a discussão sobre a pena deixa de ser eminentemente filosófica e adentra o campo prático, onde a teoria deve se mostrar provada eficaz para alcançar seu objetivo[459]. Como observa Patrícia Vanzolini, é comum a todas as teorias preventivas a afirmação de que são boas, de modo que "o discurso penal moderno é claramente marcado pela predominância das teorias preventivas ou com ênfase na prevenção"[460].

Embora Héctor Humberto Hérnandez afirme que o discurso preventivo já fosse adotado por Protágoras[461], por exemplo, acentua Cezar Roberto Bitencourt[462] que é por meio do pensamento jusnaturalista e contratualista do século XVII que se desenvolve, estando também presente no pensamento da escola positiva[463] e, como apontamos, predomina no Direito Penal moderno. Adequada à máxima *punitur ut ne peccetur* (pune-se para que não peque), essa postulação da pena corresponde à ideia difundida na sociedade de que devemos punir para que não sejam praticados novos

---

[455] DIAS, Jorge de Figueiredo, op. cit., p. 73.
[456] SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Finalidades da pena, conceito material de delito e sistema penal integral*. 2008. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 173. doi:10.11606/T.2.2008.tde-17022009-160214.
[457] JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri/SP: Manole, 2004, p. 56.
[458] LESCH, Heiko, op. cit., p. 21.
[459] BOZZA, Fabio; ZILIO, Jackson, op. cit., p. 46.
[460] VANZOLINI, Patricia. *Teoria da pena: sacrifício, vingança e direito penal*. São Paulo: Tirant lo Blanch: 2019, pp. 23-24.
[461] HERNÁNDEZ, Héctor H. *Fines de la pena. Abolicionismo, impunidad*. Héctor H. Hernández; Camilo Tale; Ricardo Dip; dirigido por Héctor Hernández. 1. ed. Buenos Aires: Cathedra Jurídica, 2010, p. 12).
[462] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral – arts. 1º a 120*. 28. ed. São Paulo: Saraivajur, 2022, p. 160.
[463] BOZZA, Fabio; ZILIO, Jackson, op. cit., p. 45.

delitos[464].

Conforme a doutrina majoritária, é possível dividi-las em teorias de prevenção geral, positiva e negativa, e prevenção especial, positiva e negativa. Ao passo que as teorias de prevenção geral da pena pretendem que o valor positivo da criminalização atue sobre os que não incorreram na prática de crimes, as teorias de prevenção especial da pena afirmam que o valor positivo atua sobre aqueles que o fizeram[465].

3.1. Prevenção geral.

A prevenção geral se divide em negativa e positiva. Ambas as vertentes pretendem que o valor positivo da criminalização atue sobre os que não delinquiram[466], como apontado, sendo a pena "um instrumento político-criminal destinado a atuar (psiquicamente) na generalidade dos membros da comunidade"[467]. Como observa Gustavo Octaviano Diniz Junqueira, embora as teorias de prevenção geral busquem prevenir, com a pena, a espécie de crime praticada, também almejam "prevenir as reações informais ao ato criminoso e outras relacionadas com a descrença na força controladora do Estado e valores presentes na sociedade"[468]. Nesse mesmo sentido, antecipando críticas à prevenção geral, o raciocínio de Luigi Ferrajoli parte da premissa de que não se pode partir de um "utilitarismo partido ao meio"[469], devendo ser considerado tanto o máximo bem-estar possível da sociedade como o mínimo mal-estar necessário daquele que incorre na prática de um crime[470]. A pena, assim, teria como objetivo a prevenção de delitos injustos e de injustas punições[471], na medida em que protegeria o acusado e as pessoas solidárias a ele de reações selvagens, arbitrárias, punitivas, e não penais, que poderiam advir da parte do ofendido ou de pessoas e instituições solidárias a ele, constituindo ela (pena) não

---

[464] SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Finalidades da pena, conceito material de delito e sistema penal integral*. 2008. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 172. doi:10.11606/T.2.2008.tde-17022009-160214.

[465] Raciocínio exposto em: ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al*. *Direito Penal brasileiro: primeiro volume – Teoria geral do Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 115.

[466] ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al*. *Direito Penal brasileiro: primeiro volume – Teoria geral do Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 115.

[467] DIAS, Jorge de Figueiredo. op. cit., p. 74.

[468] JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri/SP: Manole, 2004, p. 58.

[469] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 267.

[470] Ibidem, pp. 267-268.

[471] Ibidem, 2002, p. 268.

somente um meio, mas um fim, que seria o de minimização da reação violenta ao delito[472].

Iniciaremos a nossa exposição pela chamada prevenção geral negativa, por ser anterior, considerando a história do pensamento penológico[473], à prevenção geral positiva.

3.1.1. Prevenção geral negativa

Por prevenção geral negativa se entende a intimidação da coletividade por meio da ameaça da sanção, da sua aplicação ou execução, para que o ímpeto de praticar crimes seja dissuadido[474]. A criminalização, portanto, passa a ter uma função utilitária, e não ética, dado que deve ser tão intensa quanto for necessário para que opere efeitos dissuasórios[475]. As punições corporais descritas por Michel Foucault em "Vigiar e Punir", como vimos, reativavam o poder do soberano[476], e necessitavam que houvesse a presença do povo para que as testemunhasse, invocando não só "a consciência de que a menor infração corria sério risco de punição; mas provocando um efeito de terror pelo espetáculo do poder tripudiando sobre o culpado"[477]. O sofrimento do apenado, assim, torna-se instrumento dissuasório de práticas criminosas, pois restaria incutido na população não somente o medo da punição, mas a própria "presença encolerizada do soberano"[478]. Ressalvam Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, todavia, que, a partir desse ponto, "o passo da repressão exemplar à vingança é muito sutil e muito difícil de identificar"[479], na medida em que o indivíduo que respeita e age conforme o direito normalmente sente que reprimiu tendências que o transgressor não reprimiu, privando-se do que o transgressor não se privou e, assim, inconscientemente, sente que seu sacrifício foi inútil, clamando por

---

[472] Raciocínio contido em: FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 268.
[473] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral – arts. 1º a 120*. 28. ed. São Paulo: Saraivajur, 2022, p. 161.
[474] JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri/SP: Manole, 2004, p. 59.
[475] ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al*. *Direito Penal brasileiro: primeiro volume – Teoria geral do Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 117.
[476] FOUCAULT, Michel, op. cit., p. 51.
[477] Ibidem, p. 58.
[478] Ibidem, p. 51.
[479] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro, parte geral*. 13. ed. São Paulo: Thomas Reuters Brasil, 2019, p. 98.

vingança: “daí que o passo da prevenção geral à vingança nunca seja de todo claro e que a prevenção geral sempre encerre um conteúdo vingativo”[480].

A prevenção geral negativa como finalidade da pena tem sua mais famosa formulação e defesa elaboradas por Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach[481], ainda que já fosse identificável desde muito antes, como, por exemplo, na obra de Cesare Beccaria[482]. Inspirado pelo paradigma iluminista do livre arbítrio, “pedra angular daquela que veio a ser chamada escola clássica”[483], e tomando elementos da teoria de Estado formulada por Thomas Hobbes[484] (segundo a qual a natureza humana conduz os indivíduos a um estado de violência generalizada, que só poderia ser contida por um esforço para a paz - um acordo ou um pacto social[485]), Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach afirma que o Estado tem o objetivo de criar a “condição jurídica”, que se traduziria na existência conjunta dos seres humanos conforme as leis do Direito[486].

Conforme o autor, qualquer forma de lesão jurídica contradiz o objetivo do Estado, de modo que ele possui o direito e o dever de encontrar meios de as impedir[487], sendo chamadas de crimes as lesões jurídicas previstas em leis penais[488]. As coerções físicas não seriam suficientes para evitar as lesões jurídicas à direitos irreparáveis, por uma questão lógica, já que só podem ser impostas após a lesão ter ocorrido e, mesmo com relação aos direitos reparáveis, não raras vezes as coerções físicas são tardias e os direitos tornam-se irreparáveis[489]. Desse modo, Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach atribui especial valor à coação psicológica. Argumentando que todas as contravenções se originam de um impulso psicológico e que os seres humanos são movidos pelo prazer e pela concupiscência, deve haver a certeza por parte de todos de que, se atendido esse impulso concupiscente, advirá

---

[480] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro, parte geral*. 13. ed. São Paulo: Thomas Reuters Brasil, 2019, pp. 98-99.
[481] JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri/SP: Manole, 2004, p. 61.
[482] Ao discorrer sobre a finalidade das penas, Cesare Beccaria afirma que “o fim, pois, é apenas impedir que o réu cause novos danos aos seus concidadãos e dissuadir os outros a fazer o mesmo” (*Dos delitos e das penas*. Trad. Lucia Guidicini; Alessandro Berti Contessa. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005 p. 62).
[483] VANZOLINI, Patricia. *Teoria da pena: sacrifício, vingança e direito penal*. São Paulo: Tirant lo Blanch: 2019, p. 44.
[484] Para Heiko Lesch, a construção de Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach aponta que o fundamento da pena reside no delito (LESCH, Heiko, op. cit., p. 22).
[485] MARQUES, Oswaldo Henrique Duek, op. cit., pp. 83-84.
[486] FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von, op. cit., p. 50.
[487] Ibidem, p. 51.
[488] Ibidem, p. 55.
[489] Ibidem, p. 51.

um mal maior do que o desgosto por se abster dele[490] (prazer x desprazer). Embora essa certeza que coage psicologicamente a sociedade seja alcançada mediante a atuação harmônica e efetiva dos Poderes Legislativo (cominação legal) e Executivo (aplicação da pena), conforme Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach[491] – pois de nada adiantaria uma ameaça da pena se não fosse concretizada, sob pena de tornar-se vazia[492] –, o cerne da teoria é a própria ameaça penal[493]. Como observa Claus Roxin, portanto, conquanto essa teoria de prevenção geral negativa seja fundamentalmente pautada no efeito da cominação da pena mediante a lei penal, também se trata de uma teoria da imposição e execução da pena[494].

A teoria da pena elaborada por Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach, como visto, assume que o ser humano é movido por instintos e impulsos[495], de modo que a ameaça da pena deve produzir "uma espécie de motivação para não cometer delitos"[496]. Embora o ser humano seja dotado, conforme a teoria, de uma capacidade racional que o torna capaz de um exercício de ponderação[497], a dissuasão da coletividade para desistir do instinto concupiscente e prazeroso ocorre pelo medo.

A pena, assim, é o mal cominado por uma lei do Estado e somente infligido em virtude de sua existência (respeitando-se o princípio da reserva legal), estando justificada pela necessidade de preservar a liberdade recíproca de todos mediante a concretização da ameaça penal, cujo papel é anular tentação de causar lesões jurídicas[498] – o que em certa medida é coerente com premissas hobbesianas[499].

Enquanto o objetivo primordial da imposição da pena seria o de concretizar a ameaça contida na cominação legal[500], a coação psicológica objetiva afastar todos, enquanto possíveis protagonistas de lesões jurídicas, das práticas delitivas, e,

---

[490] FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von, op. cit., p. 52.
[491] Ibidem, p. 52.
[492] Ibidem, p. 53.
[493] VANZOLINI, Patricia. *Teoria da pena: sacrifício, vingança e direito penal*. São Paulo: Tirant lo Blanch: 2019, p. 44.
[494] ROXIN, Claus. *Derecho penal – parte general, tomo I, fundamentos. La estructura de la teoria del delito*. Tradução: Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díazy García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 1. ed. Espanha: Civitas, 1997, p. 90.
[495] LESCH, Heiko. Op. cit., p. 22.
[496] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral – arts. 1º a 120*. 28. ed. São Paulo: Saraivajur, 2022, p. 163.
[497] Ibidem, pp. 162-163.
[498] FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von, op. cit., pp. 52-53.
[499] Interessante destacar, como assevera Oswaldo Henrique Duek Marques, que no raciocínio de Thomas Hobbes, a pena também tem finalidade intimidatória, sendo certo que "o benefício atingido pela transgressão não deveria compensar o castigo a ela imposto" (MARQUES, Oswaldo Henrique Duek, op. cit., 2016, p. 86).
[500] LESCH, Heiko, op. cit., p. 25.

secundariamente, teria as finalidades de intimidar mediante a aflição do espetáculo da punição, de garantir a segurança do Estado diante do condenado e de aperfeiçoamento jurídico do apenado, conforme Alamiro Velludo Salvador Netto[501]. Na obra de Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach, inclusive, está expressamente enunciado que a pena não tem por finalidade (i) a retribuição moral, porque essa pertence ao campo ético, não jurídico, além de ser, conforme o autor, fisicamente impossível, e (ii) o aprimoramento moral, função restrita à expiação, que não se comunica com a pena[502].

Embora extremamente atual[503], a prevenção geral negativa enquanto finalidade da pena é alvo de diversas críticas.

A ideia de intimidar a coletividade mediante a imposição da pena com o intuito de prevenir crimes[504] encontra seu primeiro óbice no raciocínio elaborado por Immanuel Kant e já abordado nesta dissertação, dado que transforma o indivíduo em meio para um fim, instrumentalizando-o e violando a sua dignidade enquanto pessoa. O ser humano existe como um fim em si mesmo, "não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade"[505], e é por esse motivo que indaga Gustavo Octaviano Diniz Junqueira: "como pode existir um direito de impor a um homem um mal simplesmente porque a dor que sofrerá é proveitosa para o Estado?"[506]. Não é dado ao Estado o incremento do sofrimento de pessoas reais para desestimular

---

[501] SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Finalidades da pena, conceito material de delito e sistema penal integral*. 2008. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, pp. 174-175. doi: 10.11606/T.2.2008.tde-17022009-160214.

[502] FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von, op. cit., p. 54.

[503] Nesse sentido, aponta Patricia Vanzolini: "a resposta pronta e automática do Estado a toda e qualquer demanda por redução da criminalidade (da corrupção ao latrocínio) é sempre a elevação e endurecimento das penas, resposta que se funda nesse dogma não explicado: ameaçados por penas maiores os potenciais criminosos desistirão de seus crimes" (*Teoria da pena: sacrifício, vingança e direito penal*. São Paulo: Tirant lo Blanch: 2019, p. 45).

[504] É preciso notar que a teoria de Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach se concentra na ameaça penal. Contudo, afirma o autor que ela deve ser inevitavelmente concretizada (FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von, op. cit., p. 52), de modo que a crítica à instrumentalização do homem e as que serão desenvolvidas também se colocam diante da sua teoria.

[505] Acrescenta, ainda, que "os seres cuja existência depende, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chamam *coisas*, ao passo que os seres racionais se chamam *pessoas*, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo arbítrio (e é um objeto de respeito)" (KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintana, Introdução de *Pedro Galvão*. Lisboa: Edições 70, 2019, p. 72).

[506] JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri/SP: Manole, 2004, p. 63.

condutas de acusados potenciais[507] ou, ainda pior, condenar inocentes com amparo na pretensa prevenção de crimes[508] e na necessidade de manter eficaz a ameaça penal[509]. O valor que cada pessoa possui é anterior ao Estado[510] e a dignidade da pessoa humana constitui, como expusemos, sua tarefa e limite.

Não obstante, nos parece necessário trazer, desde logo, a crítica de Jorge de Figueiredo Dias à negação apriorística de qualquer finalidade preventiva amparada no raciocínio kantiano. Conforme o autor, o raciocínio kantiano conduziria à ilegitimidade de qualquer instrumento destinado a atuar na sociedade para alcançar um fim socialmente útil que importe na restrição de direitos, liberdades e garantias individuais[511]. Estendendo sua crítica à pena, afirma Jorge de Figueiredo Dias que ela certamente deve ser limitada pela dignidade da pessoa humana, mas a discussão deveria recair sobre as condições de aplicação da pena, não sobre as finalidades a ela atribuídas[512]. De qualquer forma, e com o devido respeito, acreditamos que a própria discussão sobre os limites e condições de aplicação da pena no contexto de prevenção geral negativa é problemática. Se admitirmos como válida e legítima a intimidação da coletividade por meio da pena para prevenir a prática de novos crimes, não haveria, por exemplo, um limite para a intimidação ou para o sofrimento que a concretiza. Igualmente, o Estado estaria autorizado a aumentar a intensidade das penas sem qualquer limitação. Inexiste, também, uma delimitação acerca de quais comportamentos autorizariam o Estado a proceder dessa forma, bastando a existência de uma lei anterior. Essas são apenas algumas das crises que permanecem sem resposta satisfatória a partir da consideração única da finalidade de prevenção geral negativa. A tendência natural seria o incremento progressivo da esfera de atuação do Direito Penal e da intensidade de suas penas conforme necessário para cessar a prática de crimes, "castigando tão duramente quanto possível"[513] e ultrapassando a medida da culpabilidade do indivíduo[514]. Se observaria uma escalada

---

[507] SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008, p. 467.
[508] LESCH, Heiko. Op. cit., p. 27.
[509] JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri/SP: Manole, 2004, p. 67.
[510] ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. 3. ed. Lisboa: Vega, 2004, p. 25.
[511] DIAS, Jorge de Figueiredo, op. cit., p. 73.
[512] DIAS, Jorge de Figueiredo, op. cit., p. 73.
[513] ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. 3. ed. Lisboa: Vega, 2004, p. 23.
[514] BOZZA, Fabio; ZILIO, Jackson, op. cit., p. 61.

gradual ao Direito Penal do terror[515], com um abuso de seu efeito simbólico e, em última análise, a cominação da pena de morte[516] para todos os delitos em virtude do esgotamento dos possíveis males a serem impostos para operar efeitos dissuasórios[517]. O Direito Penal, assim, se afastaria por completo da função de garantia e de contenção do poder punitivo[518] assumida no contexto do Estado Democrático de Direito, e passaria a buscar de forma irracional a prevenção da criminalidade[519], aniquilando os espaços de liberdade social, neutralizando as agências judiciais[520] de forma inaceitável, e impondo penas excessivas com resultados autoritários[521], como "o generalizado direito do Estado à obediência dos seus súditos"[522].

Retomando a crítica de Claus Roxin a respeito da impossibilidade de se comprovar o livre arbítrio para justificar as teorias retributivas da pena[523], reputamos ser possível estendê-la aos defensores da prevenção geral negativa. Ao partir da premissa de que o ser humano sempre considera as vantagens e desvantagens de suas ações e toma decisões racionais com o intuito de maximizar o seu prazer e felicidade (*homo economicus*), acredita-se que a ameaça penal será levada em conta e o intimidará, convencendo-o de que o mal ocasionado pela punição será pior do que reprimir-se. Essas premissas, contudo, não são empiricamente comprováveis e demonstram fragilidade.

Primeiramente, não se vislumbra qualquer efeito dissuasório diante de pessoas que exercem regularmente atividades criminalizadas, como chefes de organizações criminosas, ou de indivíduos que cometem crimes por impulso, como um homicídio passional, por exemplo[524]. Ademais, a própria eficácia do incremento das penas como

---

[515] JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri/SP: Manole, 2004, p. 64.
[516] Não se desconhece que autores como Cesare Beccaria não aceitariam essa consequência (BECCARIA, Cesare Bonesana, op. cit., p. 94 e ss.), mas o raciocínio da prevenção geral negativa enquanto finalidade da pena certamente caminha nessa direção.
[517] ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al*. *Direito Penal brasileiro: primeiro volume – Teoria geral do Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 119.
[518] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Direito penal humano e poder no século XXI.* Trad. Ílison Dias dos Santos; Jhonatas Péricles Oliveira de Melo. Salvador: EDUFBA, 2020, p. 30.
[519] JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri/SP: Manole, 2004, p. 65.
[520] ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al*. *Direito Penal brasileiro: primeiro volume – Teoria geral do Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 118.
[521] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral – arts. 1º a 120*. 28. ed. São Paulo: Saraivajur, 2022, p. 165.
[522] ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al*. *Direito Penal brasileiro: primeiro volume – Teoria geral do Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 119.
[523] ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. 3. ed. Lisboa: Vega, 2004, p. 18.
[524] Ibidem, p. 24.

mecanismo apto a prevenir a criminalidade é colocada em xeque por Salo de Carvalho, que afirma ser possível constatar a "inexistência de relação causal entre (a) o aumento de penas e a diminuição dos crimes ou entre (b) a descriminalização e o aumento da criminalidade"[525]. Para alcançar tais conclusões, o autor toma como primeiro exemplo o advento da Lei nº 8.072 de 25 de julho de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos), que recrudesceu o tratamento penal em relação a uma série de crimes, incrementando as penas máximas, limitando a progressão de regime de cumprimento de pena e restringindo direitos processuais, mas não foi capaz de impactar diretamente na curva de encarceramento brasileira[526]. Após, ao adotar como base para análise a "descarcerização" do porte de drogas para consumo pessoal operada pela Lei nº 11.343 de 23 de agosto de 2006 (Lei de Drogas), considerando também os dados de países europeus que seguiram a mesma estratégia (Portugal, Espanha, Inglaterra, República Tcheca, entre outros), o autor afirma não ser possível constatar um aumento no consumo de drogas em virtude da ausência de repressão penal[527], tudo a indicar que não há uma correlação forte entre o grau da ameaça ou do sofrimento penal e a prevenção do crime.

Em segundo lugar, como assevera Patricia Vanzolini, "a imagem ilustrada do homem livre e racional é uma premissa metafísica contraditada pela realidade"[528]. Mesmo que se admitisse que o ser humano pratica ou deixa de praticar um crime segundo essa fórmula (prazer da ação x intensidade do castigo ou de sua ameaça), há outras variáveis tão ou mais importantes que são desconsideradas, como a possibilidade de não ser descoberto e punido[529] – considerando a cifra oculta de crimes e "a ineficácia do aparelho persecutório"[530] –, o ambiente social e cultural, a forma de inserção na comunidade e outros fatores personalíssimos, como também aponta Patricia Vanzolini[531].

---

[525] CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 69.
[526] Ibidem, p. 69.
[527] Ibidem, pp. 69-70.
[528] VANZOLINI, Patricia. *Teoria da pena: sacrifício, vingança e direito penal*. São Paulo: Tirant lo Blanch: 2019, p. 45.
[529] Conforme Cesare Beccaria, por exemplo, é na certeza da punição que reside a possibilidade de sucesso da prevenção geral negativa: "a certeza de um castigo, mesmo moderado, causará sempre a impressão mais intensa que o temor de outro mais severo, aliado à esperança de impunidade; pois os males, mesmo os menores, se são inevitáveis, sempre espantam o espírito humano (...)" (op. cit., p. 92)
[530] JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri/SP: Manole, 2004, p. 67.
[531] VANZOLINI, Patricia. *Teoria da pena: sacrifício, vingança e direito penal*. São Paulo: Tirant lo Blanch: 2019, p. 45.

Não se desconhece ou se nega que uma parcela da sociedade pode, sim, se deixar influenciar pela ameaça da pena. A questão levantada pela criminologia crítica, como aponta Salo de Carvalho, é compreender qual é o fundamento dissuasório mais relevante, considerando que "a pena é apenas um fator (e provavelmente o menos importante) dentre as inúmeras circunstâncias que influenciam a prática ou a abstinência de atos ilícitos"[532]. Conforme Eugenio Raúl Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar, a prevenção geral negativa é um fenômeno composto de questões éticas, jurídicas e afetivas que ultrapassam o sistema penal e, por essa razão, também não é possível afirmar se o efeito dissuasório se opera em virtude do temor da criminalização secundária ou da estigmatização social devida ao fato em si[533].

Além disso, é necessário considerar que uma ínfima parcela dos indivíduos que vive sob a égide de determinado ordenamento jurídico-penal conhecem-no em sua inteireza. Desse modo, não apenas desconhecem boa parte das condutas tipificadas como delitos, mas também ignoram as consequências oriundas da sua prática. Se a prevenção geral negativa opera, desde a ameaça penal, conforme a formulação de Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach, por esse processo dissuasório que leva o ser humano a abandonar a ideia de praticar a conduta criminosa após sopesar as consequências, é evidente, também por esse motivo, a fragilidade da construção quando contrastada com a realidade social[534].

Outra crítica à formulação de Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach seria a sua inaptidão para lidar com o dano social oriundo da conduta criminosa. Se a ameaça da pena e a sua concretização objetivam oferecer um contragolpe psicológico, então o critério que orienta a intensidade da pena é o próprio impulso ou estímulo que orienta a conduta, e não o dano social dela proveniente[535]. Se desconsiderariam os fatos em detrimento das motivações, o que teria o condão de originar anomalias no tocante à coerência do ordenamento jurídico. No exemplo de Heiko Lesch, supondo que um crime de calúnia fosse movido por motivos deploráveis,

---

[532] CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial*. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 68-69.
[533] ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al*. *Direito Penal brasileiro: primeiro volume – Teoria geral do Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 118.
[534] HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal (Einfürung in die Grundlagen des Strafrechts)*. Tradução da 2ª edição alemã, revisada e ampliada, de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre/RS: Segio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 406.
[535] JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri/SP: Manole, 2004, p. 67.

como uma desejada promoção profissional, quiçá somente uma longa pena privativa de liberdade pudesse suficiente para dissuadir o potencial autor da ideia de cometer o crime. Por outro lado, se um assassinato fosse movido pelo pagamento de algumas centenas de reais, uma pena pecuniária de alguns milhares de reais seria, em tese, suficientemente intimidatória[536].

A frequência com que ocorrem determinadas condutas tipificadas como crimes também demonstrariam, conforme a lógica de prevenção geral negativa atrelada à pena, a necessidade de incremento punitivo, o que tende a gerar distorções: crimes gravíssimos que são praticados poucas vezes poderiam ter penas menores do que crimes leves cuja prática é regular ou recorrente. Ainda, como observam Eugenio Raúl Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar, em situações de crises econômicas, nas quais os delitos patrimoniais tendem a ocorrer com maior frequência, as penas tenderiam a ser incrementadas, afetando com maior gravidade os já vulneráveis[537].

Em acréscimo, a prevenção geral negativa encontra óbice no princípio da culpabilidade. Como acentuamos no primeiro capítulo, a culpabilidade estabelece "a fronteira máxima da reação punitiva e a exclui quando não alcança a mínima"[538]. Não seria admissível, portanto, o incremento do rigor penal somente como necessidade de exemplo aos demais[539]. O sentido, a função e a medida da pena se esgotam na individualidade do condenado, em homenagem ao referido princípio e à própria dignidade da pessoa humana.

O raciocínio da prevenção geral negativa também despreza a seletividade intrínseca à estrutura punitiva: o argumento dissuasório estaria destinado a cumprir-se sobre algumas pessoas vulneráveis e seus delitos (na fase de criminalização primária) e, dentro desse universo, sobre os inábeis (criminalização secundária), de modo que se trataria de uma dissuasão da inabilidade na execução, estimulando "o aperfeiçoamento criminal do delinquente ao estabelecer o maior nível de elaboração delituosa como regra de sobrevivência"[540].

---

[536] LESCH, Heiko, op. cit., pp. 26-27.
[537] ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al*. *Direito Penal brasileiro: primeiro volume – Teoria geral do Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, pp. 119-120.
[538] Ibidem, p. 246.
[539] Ibidem, p. 81.
[540] Raciocínio contido em: ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al*. *Direito Penal brasileiro: primeiro volume – Teoria geral do Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 117.

A prevenção geral negativa pode funcionar, no máximo, como "efeito tangencial da prevenção penal"[541], dado que se trata de uma consequência que escapa do controle dos juristas, mas deve ser rechaçada, por todos os motivos expostos, enquanto finalidade que orienta a pena.

3.1.2. Prevenção geral positiva.

A prevenção geral positiva, como vertente da prevenção geral, também pretende que o valor positivo da criminalização atue sobre os que não delinquiram[542], como destacamos, sendo a pena "um instrumento político-criminal destinado a atuar (psiquicamente) na generalidade dos membros da comunidade"[543]. Aqui, importante frisar que a pena não busca intimidar somente os delinquentes potenciais[544]. Com a finalidade atingir toda a coletividade, inclusive aqueles que jamais pretenderam agir em desconformidade ao ordenamento jurídico-normativo, se busca "afirmar a consciência social da norma, ou ainda, confirmar a vigência da norma"[545]. Trata-se, portanto, de uma "finalidade pedagógica e comunicativa de reafirmação do sistema normativo, com o objetivo de oferecer estabilidade ao ordenamento jurídico"[546].

Embora as construções de Günther Jakobs e Claus Roxin[547] sejam amplamente difundidas enquanto vertentes da prevenção geral positiva, merecendo igual destaque a formulação de Winfried Hassemer, fato é que, muito antes e a título de exemplo, Francesco Carrara já negava os fins retributivos e de intimidação da pena, afirmando que o seu fim principal "é o restabelecimento da ordem externa na sociedade" (tradução nossa)[548]. Além disso, como ressalta Luigi Ferrajoli, sem olvidar a existência de doutrinas anteriores que caminham em sentido similar, mormente no

---

[541] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro, parte geral*. 13. ed. São Paulo: Thomas Reuters Brasil, 2019, p. 112.
[542] ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al*. *Direito Penal brasileiro: primeiro volume – Teoria geral do Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 115.
[543] DIAS, Jorge de Figueiredo, op. cit., p. 74.
[544] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral – arts. 1º a 120*. 28. ed. São Paulo: Saraivajur, 2022, p. 165.
[545] JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri/SP: Manole, 2004, p. 69.
[546] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral – arts. 1º a 120*. 28. ed. São Paulo: Saraivajur, 2022, p. 165.
[547] A teoria da pena adotada por Claus Roxin é, na realidade, mista dialética (JUNQUEIRA, Gustavo. VANZOLINI, Patrícia. *Manual de direito penal: parte geral*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 523), porém, o autor reconhece e desenvolve uma finalidade preventivo-geral positiva da pena em meio às demais finalidades que se relacionam.
[548] No original: "el fin principal de la pena es el restablecimiento del orden externo en la sociedad" (CARRARA, Francesco*. Programa del curso de derecho criminal: desarrollado en la Universidad de Pisa por el profesor Francesco Carrara, parte general, tomo II*. Trad. Octavio Béeche y Alberto Gallegos. 1. ed. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2000, p. 31).

positivismo alemão da primeira metade do século XX[549], a prevenção geral positiva fundamentadora de Günther Jakobs não traria nenhuma novidade, em sua opinião, "à teoria da deviança de Émile Durkheim, que, no mesmo diapasão, havia concebido a pena como um fator de estabilização social 'destinado, sobretudo, a agir sobre as pessoas honestas'"[550]. Grande expoente do finalismo e mestre de Günther Jakobs, Hans Welzel também é considerado, como afirma Cezar Roberto Bitencourt, precursor da prevenção geral positiva, embora em sua construção ela fosse apenas um efeito latente[551]. A missão do Direito Penal no raciocínio welzeliano consistiria "na proteção dos valores elementares de consciência, de caráter ético-social, e apenas por inclusão dos bens jurídicos particulares" (tradução nossa)[552], de modo que a pena, compreendida como retribuição justa, reforça a "fidelidade ao direito por parte dos cidadãos"[553].

Por serem amplamente difundidas enquanto teorias de prevenção geral positiva, como dito anteriormente, concentraremos o nosso estudo nas formulações de Günther Jakobs, Claus Roxin e Winfried Hassemer.

3.1.2.1. Prevenção geral positiva fundamentadora.

Fortemente inspirada em Georg Wilheim Friedrich Hegel e incorporando elementos da teoria sociológica do sistema social de Niklas Luhmann[554], a teoria da pena de Günther Jakobs passou por sensíveis transformações ao longo da vida do autor, sendo identificáveis três fases distintas[555]. Em um primeiro momento, se nota um viés psicologicista, como afirmam Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoo Sánchez, em que a pena se presta a garantir a vigência das expectativas normativas essenciais e o exercício de fidelidade ao direito, influenciando os valores internos a

---

549 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 222.
550 Ibidem, p. 222.
551 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral – arts. 1º a 120*. 28. ed. São Paulo: Saraivajur, 2022, p. 166.
552 No original: "en la protección de los valores elementares de conciencia, de carácter ético-social, y sólo por inclusión la protección de los bienes jurídicos particulares" (WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. 11. ed. Trad. Juan Bustos Ramírez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1970, p. 5).
553 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral – arts. 1º a 120*. 28. ed. São Paulo: Saraivajur, 2022, p. 167.
554 BOZZA, Fabio; ZILIO, Jackson, op. cit., p. 87.
555 CANCIO MELIÁ, Manuel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *¿Prevenir riesgos o confirmar normas? La teoria funcional de la pena de Günther Jakobs. Estudio preliminar in La pena estatal*. In: JAKOBS. Günther. *La pena estatal: significado y finalidad.* Traducción de Manuel Canció Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez. Navarra: Civitas, 2006, p. 28.

que os indivíduos deveriam aderir[556]. A segunda fase do pensamento de Günther Jakobs tem como principal marca o abandono da busca por efeitos psicológico-sociais nos indivíduos, sobretudo em virtude das críticas sofridas pela violação à autonomia individual, se tornando essencialmente normativa[557]. A pena, nessa segunda fase, se volta a marginalizar o fato em seu significado lesivo para a norma, confirmando a identidade da sociedade ao declarar que a estabilidade normativa não foi alterada[558]. Por fim, a terceira fase da teoria de Günther Jakobs devolve o protagonismo aos efeitos cognitivos então abandonados, incorporando fatores empíricos ao conteúdo normativo, principalmente a necessidade de imposição de dor mediante a pena, para alcançar o "apoio cognitivo" ou "cimentação cognitiva", o que seria essencial ao firmamento da vigência da norma[559].

O Direito está em vigor, afirma Günther Jakobs, quando constitui o esquema de orientação dominante, concretamente, para a prevenção do injusto ou para a reação frente a ele[560]. Esse esquema de orientação, afirma o autor, não somente se destina aos potenciais autores de crimes, como também se volta às potenciais vítimas, pois é necessário que elas encontrem guarida e confiem no Direito[561]. Ao praticar um fato definido como crime, o indivíduo anuncia que o esquema de orientação dominante, ou seja, o ordenamento jurídico, não o vincula. A pena, por sua vez, contradiz o delito e, ao infligir dor[562], salvaguarda cognitivamente a vigência da norma negada[563] pelo autor e protege as expectativas abaladas. Além disso, afirma Günther Jakobs que o indivíduo que pratica o crime, enquanto pessoa no Direito[564], teria um dever de reparação em sentido amplo diante da sociedade por colocar em perigo a vigência da norma[565].

---

[556] CANCIO MELIÁ, Manuel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *¿Prevenir riesgos o confirmar normas? La teoria funcional de la pena de Günther Jakobs. Estudio preliminar in La pena estatal*. In: JAKOBS. Günther. *La pena estatal: significado y finalidad.* Traducción de Manuel Canció Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez. Navarra: Civitas, 2006, pp. 28-30.
[557] Ibidem, pp. 31-33.
[558] Ibidem, pp. 31-33.
[559] Ibidem, pp. 53-55.
[560] JAKOBS. Günther. *La pena estatal: significado y finalidad.* Traducción de Manuel Canció Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez. Navarra: Civitas, 2006, p. 138.
[561] Ibidem, pp. 139-140.
[562] Ibidem, p. 141.
[563] É evidente a proximidade da teoria de Günther Jakobs com a retribuição jurídica proposta por Georg Wilheim Friedrich Hegel, como apontamos inicialmente.
[564] Em contraposição à noção de inimigo.
[565] JAKOBS. Günther. *La pena estatal: significado y finalidad.* Traducción de Manuel Canció Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez. Navarra: Civitas, 2006, p. 170.

Günther Jakobs justifica a necessidade da dor da pena argumentando que a contradição do fato, por si só, deixa dúvidas sobre a necessidade de segurança cognitiva da vigência da norma, ao passo que a dor, cuja intensidade deve ser determinada ao caso, demonstra o fracasso da empreitada criminosa e mantém o suporte cognitivo ao esquema de orientação dominante – finalidade da pena[566]. Contudo, se ressalva que a dor penal não pode ser imposta com o intuito de eliminar riscos que ultrapassam aqueles que foram criados pelo autor do crime, pois se exigiria dele mais do que reparação, transformando-o em instrumento de política social[567].

Conforme Günther Jakobs, portanto, o Direito Penal tem a função reagir ao delito de modo a assegurar que "a fidelidade ao ordenamento jurídico se mantenha como a atitude natural da maioria das pessoas" (tradução nossa)[568], mas é importante esclarecer que ele não seria capaz, em sua concepção, de prevenir a ocorrência delitos, pois essa tarefa competiria principalmente à polícia[569]. A pena, no máximo, preveniria a erosão da configuração normativa real da sociedade[570]. É por essa razão, segundo o autor, que se fala em prevenção geral positiva: não se busca intimidar, mas manter a norma como esquema de orientação e a fidelidade a ela por toda a sociedade em conjunto[571].

Em síntese, conforme Patricia Vanzolini, se vislumbra a conjugação de dois fundamentos, portanto: "a reafirmação contrafática da norma e a consolidação cognitiva do crime como empreendimento fracassado através da dor penal"[572].

É preciso destacar, todavia, que a formulação até agora apresentada se refere somente aos indivíduos que, conforme Günther Jakobs, oferecem uma garantia cognitiva mínima[573], ou seja, que oferecem a garantia de se comportarem, de modo geral, como cidadãos – fiéis ao Direito[574]. O indivíduo que sustenta sua personalidade

---

[566] JAKOBS. Günther. *La pena estatal: significado y finalidad.* Traducción de Manuel Canció Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez. Navarra: Civitas, 2006, p. 142.
[567] Ibidem, pp. 149.
[568] No original: "la fidelidad al ordenamiento jurídico se mantenga como actitud natural de la mayoría de las personas"" (Ibidem, p. 144).
[569] Ibidem, p. 144.
[570] Idem. *Moderna dogmática penal*. Ciudad de México: Porrúa, 2006, p. 646
[571] Idem. *La pena estatal: significado y finalidad.* Traducción de Manuel Canció Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez. Navarra: Civitas, 2006, p. 145.
[572] VANZOLINI, Patricia. *Teoria da pena: sacrifício, vingança e direito penal*. São Paulo: Tirant lo Blanch: 2019, p. 50.
[573] JAKOBS. Günther. *La pena estatal: significado y finalidad.* Traducción de Manuel Canció Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez. Navarra: Civitas, 2006, p. 170.
[574] Idem. *Direito penal do inimigo*. Org. e Int. Luiz Moreira e Eugênio Pacelli de Oliveira. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 10.

de forma puramente contrafática (sem oferecer a necessária previsibilidade de fidelidade ao ordenamento) torna-se uma fonte de perigo porque não oferece o mínimo necessário para ser tratado como pessoa[575]. Como afirma Günther Jakobs: "um indivíduo que não se deixa coagir a um estado de civilidade não pode gozar dos benefícios do conceito de pessoa"[576]. Assim, enquanto o Direito Penal do cidadão entra em ação de forma reativa, sendo a pena uma oposição contrafática ao delito, cujo objetivo é a salvaguarda cognitiva da vigência da norma que fora negada pelo cidadão que pratica um crime, o Direito Penal do inimigo atua de forma preventiva e visa a eliminar ou a combater, por meio de medidas de segurança[577], indivíduos perigosos[578], que não oferecem suficiente alicerce cognitivo.

Realizada a exposição da teoria, passaremos às críticas suscitadas pela doutrina.

Partindo da premissa de Günther Jakobs de que o Direito Penal se presta a reafirmar a confiança no ordenamento jurídico, e não a intimidar a coletividade, Cezar Roberto Bitencourt questiona se uma declaração a respeito não seria o bastante, não se compreendendo suficientemente a necessidade de imposição da pena e da consequente dor penal[579]. Em sentido similar, Alessandro Baratta aponta que a proposta de Günther Jakobs abandona a investigação acerca de possibilidades e mecanismos funcionalmente equivalentes à própria pena para que se alcance a mesma finalidade[580].

Eugenio Raúl Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar, por sua vez, afirmam que a teoria de Günther Jakobs conduz as agências judiciais a impor penas a crimes toscos, já que a criminalidade dos poderosos, com certa frequência, sequer é percebida ou avaliada como perigosa[581]. A punição do inábil, entretanto, é somente reflexo de um "engodo comunicacional" que é preferível ao "desequilíbrio e

---

[575] JAKOBS. Günther. *Direito penal do inimigo*. Org. e Int. Luiz Moreira e Eugênio Pacelli de Oliveira. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, pp. 11-12.
[576] Ibidem, p. 13.
[577] Ibidem, p. 3.
[578] Ibidem, p. 22.
[579] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral – arts. 1º a 120*. 28. ed. São Paulo: Saraivajur, 2022, pp. 168-169.
[580] BARATTA, Alessandro. *Integración-prevención – una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoria sistémica*. Doctrina Penal, Buenos Aires, 1985, p. 17. In: BARATTA, Alessandro. *Criminología y sistema penal - compilación in memoriam*. Montevideo: B de F, 2004, p. 17.
[581] ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al*. *Direito Penal brasileiro: primeiro volume – Teoria geral do Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 123.

à ruptura" do sistema[582]. Nesse sentido, acrescentam Fabio Bozza e Jackson Zilio que, na maioria das vezes, a própria sociedade é capaz de assimilar os conflitos sociais, pois a regra, na realidade, não é o respeito às normas, mas a frustração das expectativas por elas geradas (basta que pensemos na cifra oculta da criminalidade[583]), havendo um nítido caráter simbólico na punição. Não é a simples violação da norma que arrisca a confiança no Direito enquanto esquema de orientação dominante, mas tão somente as violações eleitas, estando em xeque, desse modo, "a legitimidade de um sistema que busca a sua estabilidade ao custo de pessoas selecionadas pela sua maior vulnerabilidade frente ao sistema penal"[584].

Em acréscimo, não obstante a prevenção geral negativa seja amplamente criticada pelo próprio Günther Jakobs[585] e admitida somente como função latente em sua teoria[586], afirma Patricia Vanzolini que a introdução da dor penal, terceira fase, no raciocínio então puramente normativo da segunda fase de Günther Jakobs, sob a justificativa de viabilizar a chamada cimentação cognitiva – espécie de reforço de vigência da norma –, transforma sua teoria da prevenção geral positiva "de forma intensa e radical" [587] em uma forma de prevenção geral negativa[588]. Isso se justifica, conforme a autora, pela retomada da vinculação entre a vigência normativa e a "concreta dissuasão dos criminosos potenciais que, em face e por causa da norma, desistirão de seus crimes"[589]. Ainda mais grave, conforme Patricia Vanzolini, é que a construção de Günther Jakobs a respeito da necessidade da "cimentação cognitiva" permite afirmar (e legitimar, acrescentamos) a existência do Direito Penal do inimigo,

---

[582] Raciocínio exposto em: ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al*. *Direito Penal brasileiro: primeiro volume – Teoria geral do Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 123.
[583] BOZZA, Fabio; ZILIO, Jackson, op. cit., p. 93.
[584] Raciocínio contido em: BOZZA, Fabio; ZILIO, Jackson, op. cit., p. 93.
[585] JAKOBS. Günther. *La pena estatal: significado y finalidad.* Traducción de Manuel Canció Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez. Navarra: Civitas, 2006, p. 137.
[586] Ibidem, p. 148.
[587] VANZOLINI, Patricia. *Teoria da pena: sacrifício, vingança e direito penal*. São Paulo: Tirant lo Blanch: 2019, p. 53.
[588] Merece ser lembrada a crítica de Eugenio Raúl Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar, que afirmam não haver diferença entre as consequências sociais entre a lógica da prevenção geral positiva e da negativa: "quanto mais conflituosa for uma sociedade, em razão de sua injustiça estrutural, haverá menos consenso, e logo maiores penas serão aplicadas para produzir o nível de consenso necessário ao sistema" (ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al*. *Direito Penal brasileiro: primeiro volume – Teoria geral do Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 123).
[589] Raciocínio exposto em: VANZOLINI, Patricia. *Teoria da pena: sacrifício, vingança e direito penal*. São Paulo: Tirant lo Blanch: 2019, p. 53.

que servirá, conforme a autora, “para aqueles (seja lá quem forem) que (por qualquer critério que se escolha) não garantam segurança cognitiva”[590].

Mesmo que Günther Jakobs afirme descrever a realidade do sistema penal, e não o que ele deveria ser[591], observa Gustavo Octaviano Diniz Junqueira que a prevenção geral positiva fundamentadora não traz, no tocante à pena, referência alguma a limites ou a bens jurídicos diversos, mas somente à norma[592], sendo ela o bem jurídico-penal[593]. Inexiste, igualmente, “qualquer referência a fins de ressocialização ou retribuição proporcional do mal causado”[594] e, somado ao deslocamento do eixo de construção teórica do ser humano para a norma, é possível perceber que a teoria se pretende valorativamente neutra[595]. Daí o risco: a razão de existir do Direito Penal se torna a conservação do ordenamento vigente, independente do seu conteúdo[596]. A pena, por conseguinte, se torna um instrumento perfeitamente maleável, quer ao Estado Democrático de Direito, quer às mais perversas formas de totalitarismo, tudo a depender da intenção da classe dominante e da ideologia que ela quiser perpetuar[597], o que é inaceitável.

Eugenio Raúl Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar também criticam que a medida da pena seja a adequada para restabelecer o consenso, pois o desequilíbrio não é calculado conforme a lesividade da conduta praticada pelo apenado: por levar em consideração o grau de confiança da população no ordenamento jurídico como esquema de orientação dominante, é possível que, em sociedades desequilibradas e falhas, penas severas e investigações inquisitoriais sejam encorajadas, “desde que proporcionem resultados nos casos que suscitam preocupação por causa de sua capacidade desequilibrante”[598]. Em última análise,

---

[590] VANZOLINI, Patricia. *Teoria da pena: sacrifício, vingança e direito penal*. São Paulo: Tirant lo Blanch: 2019, p. 53.
[591] JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en uma teoria de um derecho penal funcional*. Traducción de Manuel Canció Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez. Madrid: Civitas, 2000, p. 12.
[592] Ibidem, p. 70.
[593] JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general, fundamentos y teoría de la imputación*. 2. ed. Traducción de Joaquin Cuello Contreras y Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 45.
[594] JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri/SP: Manole, 2004, p. 71.
[595] Ibidem, p. 72.
[596] HERNÁNDEZ, Héctor H. *Fines de la pena. Abolicionismo, impunidad*. Héctor H. Hernández; Camilo Tale; Ricardo Dip; dirigido por Héctor Hernández. 1. ed. Buenos Aires: Cathedra Jurídica, 2010, p. 383.
[597] JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri/SP: Manole, 2004, pp. 74-75.
[598] Raciocínio contido em: ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al*. *Direito Penal brasileiro: primeiro volume – Teoria geral do Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 123.

afirmam os autores, “tende à retribuição por uma vida desobediente ao Estado”[599].

Além disso, sendo certo que o Estado Democrático de Direito tem como marcas o pluralismo político e a “relativização de valores”[600], a pretensão de fixar um modelo social-consensual rígido e de impor determinados padrões éticos sob a ameaça de criminalizar indivíduos evidencia o descompasso da prevenção geral positiva fundamentadora com a dignidade da pessoa humana e, por conseguinte, com própria democracia[601].

A prevenção geral positiva fundamentadora, ainda, encontra o mesmo óbice da prevenção geral negativa a respeito do princípio da culpabilidade. Como já destacado, a culpabilidade estabelece “a fronteira máxima da reação punitiva e a exclui quando não alcança a mínima”[602]. É ilegítima, portanto, a exasperação do rigor penal em razão da alegada necessidade de salvaguardar cognitivamente a vigência da norma e de preservar o ordenamento jurídico como esquema de orientação dominante.

Além disso, é preciso recordar a crítica elaborada por Immanuel Kant à instrumentalização do ser humano, que ofende a dignidade da pessoa humana. Na proposta de Günther Jakobs a instrumentalização é explícita diante do fato de que o eixo da construção teórica é o ordenamento jurídico ou a norma, e não o ser humano, de modo que “quem é um fim em si mesmo não é o ser humano, mas sim a norma”[603], característica típica de sistemas de Direito Penal máximo e ilimitado, conforme Fabio Bozza e Jackson Zilio[604].

Como expusemos, consagração do Estado Democrático de Direito impõe à ordem jurídica e à atividade estatal um “conteúdo utópico de transformação da realidade”[605], sendo que, nesse contexto, o Direito Penal, como também já evidenciamos, deve funcionar como “um discurso que se oferece aos juristas para regular o exercício de seu poder jurídico, ou seja, um projeto técnico-político de

---

[599] ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al*. *Direito Penal brasileiro: primeiro volume – Teoria geral do Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 125.
[600] SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Finalidades da pena, conceito material de delito e sistema penal integral*. 2008. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2008, p. 188. doi: 10.11606/T.2.2008.tde-1702209-160214.
[601] SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Finalidades da pena, conceito material de delito e sistema penal integral*. 2008. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2008, p. 188. doi: 10.11606/T.2.2008.tde-1702209-160214; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral – arts. 1º a 120*. 28. ed. São Paulo: Saraivajur, 2022, p. 169.
[602] Ibidem, p. 246.
[603] BOZZA, Fabio; ZILIO, Jackson, op. cit., p. 94.
[604] Ibidem, p. 97.
[605] BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Do Direito Social aos Interesses Transindividuais*. 1995. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1995, p. 94.

funcionamento do semáforo judicial de contenção do trânsito do poder punitivo"[606]. A teoria da prevenção geral positiva fundamentadora da pena desconsidera essa necessária baliza e, assim, permite a instrumentalização da humanidade para a estabilização de um sistema jurídico cujos valores sequer são discutidos ou fixados[607], sendo incompatível, por essa todas as demais razões elencadas, com o Estado Democrático de Direito.

3.1.2.2. Prevenção geral positiva limitadora.

Afirma Oswaldo Henrique Duek Marques que a prevenção geral positiva limitadora – ou integradora[608] – tem por objetivo a limitação da intervenção penal, "em consideração aos direitos individuais, sem afastar os efeitos já referidos da prevenção fundamentadora"[609]. Conforme Patricia Vanzolini, essa vertente da prevenção geral positiva mantém com a prevenção geral negativa uma relação limitadora e dialética, pois só é possível a manutenção da confiança no ordenamento jurídico se as penas não são excessivamente rigorosas e, simultaneamente, se "o princípio da legalidade e da culpabilidade, bem como todos os limites constitucionais conformadores do Direito Penal no Estado Democrático de Direito" forem respeitados[610].

Wolfgang Naucke[611], Winfried Hassemer[612], Klaus Lüderssen[613], Santiago Mir Puig[614], Jesús-Maria Silva Sánchez[615] e Claus Roxin[616] são apenas alguns dos

---

606 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Direito penal humano e poder no século XXI*. Trad. Ílison Dias dos Santos; Jhonatas Péricles Oliveira de Melo. Salvador: EDUFBA, 2020, p. 30.
607 BOZZA, Fabio; ZILIO, Jackson, op. cit., p. 95.
608 VANZOLINI, Patricia. *Teoria da pena: sacrifício, vingança e direito penal*. São Paulo: Tirant lo Blanch: 2019, p. 54.
609 MARQUES, Oswaldo Henrique Duek, op. cit., p. 178.
610 Raciocínio contido em: VANZOLINI, Patricia. *Teoria da pena: sacrifício, vingança e direito penal*. São Paulo: Tirant lo Blanch: 2019, p. 54.
611 NAUCKE, Wolfgang. *Prevención general y derechos fundamentales de la persona*. In: NAUCKE, Wolfgang; HASSEMER, Winfried; LÜDERSSEN, Klaus. *Principales problemas de la prevención general*. Trad. Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw. Montevideo: Editorial B de F, 2004.
612 HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidade – bases para una teoría de la imputación em Derecho Penal*. Traducción de Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita. Santa Fé de Bogotá: Temis S.A., 1999; HASSEMER, Winfried. *Prevención general y aplicación de la pena. derechos fundamentales de la persona*. In: NAUCKE, Wolfgang; HASSEMER, Winfried; LÜDERSSEN, Klaus. *Principales problemas de la prevención general*. Trad. Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw. Montevideo: Editorial B de F, 2004.
613 LÜDERSSEN, Klaus. *La función preventivo-general del sistema del delito*. In: NAUCKE, Wolfgang; HASSEMER, Winfried; LÜDERSSEN, Klaus. *Principales problemas de la prevención general*. Trad. Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw. Montevideo: Editorial B de F, 2004.
614 MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: parte general*. 8. dd. Barcelona: Editorial Reppertor, 2006.
615 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona: Jose Maria Bosch, 1992.
616 ROXIN, Claus. *Derecho penal – parte general, tomo I, fundamentos. La estructura de la teoria del delito*. Tradução: Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díazy García Conlledo e Javier de Vicente

autores que trazem aportes sobre a prevenção geral positiva limitadora. Abordaremos tão somente as propostas de Winfried Hassemer e de Claus Roxin, dado que, além de se tratar de duas das versões mais difundidas da prevenção geral positiva limitadora e serem suficientes à ilustração das ideias centrais dessa vertente, o desenvolvimento da construção de Claus Roxin será essencial para a compreensão da teoria mista dialética do autor.

Segundo Winfried Hassemer, a vida cotidiana conta com diversas normas, sanções e processos de controle que, juntos, formam o que ele denomina "controle social", e que seria "uma condição fundamental irrenunciável da vida em sociedade"[617]. A sanção social, tal qual a sanção jurídico-penal, preserva seu sentido desde que corresponda à violação da norma social, afirmando Winfried Hassemer que "a sanção confirma a norma, estabelece-a como uma expectativa contra-fática de conduta, fixa-a"[618]. O Direito Penal, por conseguinte, se situa no campo do controle social, possuindo os mesmos elementos anteriormente citados (norma, sanção e processo): "a norma define a conduta desviante como criminosa, a sanção é a reação ligada ao desvio, o processo é o prolongamento da norma e da sanção à realidade. O Direito Penal é uma forma de transformação social dos conflitos desviantes"[619].

Prossegue Winfried Hassemer aduzindo que a diferença entre o Direito Penal e demais mecanismos de controle social reside nos seus objetos e instrumentos de controle de desvio, pois apenas os piores conflitos entre pessoas são reservados ao Direito Penal (objetos) e, à sua disposição, estão os mais intensos instrumentos de controle, como a coação, a força e a privação de liberdade, de modo que "a intensidade dos objetos reservados ao sistema jurídico-penal corresponde a dos seus instrumentos"[620]. É exatamente por dispor de tais instrumentos que o Direito Penal deve ser invocado com cautela, devendo ser uma forma de controle social absolutamente formalizada[621]. Quanto mais previsível for a consequência oriunda do desvio à qualquer norma que seja (orientação do afetado), mais alto se dirá o grau de

---

Remesal. 1. ed. Espanha: Civitas, 1997; ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. 3. ed. Lisboa: Vega, 2004.

[617] HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal (Einfürung in die Grundlagen des Strafrechts)*. Tradução da 2ª edição alemã, revisada e ampliada, de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre/RS: Segio Antonio Fabris Editor, 2005, pp. 413-414.

[618] Ibidem, pp. 413-414.

[619] Ibidem, p. 415.

[620] Raciocínio exposto em: HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal (Einfürung in die Grundlagen des Strafrechts)*. Tradução da 2ª edição alemã, revisada e ampliada, de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre/RS: Segio Antonio Fabris Editor, 2005, pp. 415-416.

[621] Ibidem, p. 417.

formalização desse âmbito de controle e, por isso, incumbe ao Direito Penal a tarefa de constantemente incrementar seu grau de formalização[622], mas não é só. Também é preciso, ao lado da orientação do afetado, que se estabeleçam mecanismos intermediadores como a moderação, o perdão e, até mesmo, o esquecimento, para que a consequência do desvio à norma não se torne um novo desvio[623]. Nesse contexto, destaca o autor que o controle social jurídico-penal também possui limites substanciais materializados nos princípios valorativos, como o princípio da proporcionalidade, a ampla defesa, o contraditório e a presunção de inocência, por exemplo, que são inegociáveis, mesmo que se avente uma eventual necessidade de se conferir efetividade do sistema jurídico-penal[624].

Dessa forma, o Direito Penal compatível com o Estado Democrático de Direito necessita conservar seu *status* de *ultima ratio* e, obrigatória e permanentemente, defender princípios valorativos diante de interesses político-criminais escusos, suscitados em nome de uma pretensa efetividade ou, ainda, em alegados casos de excepcional necessidade[625], uma vez "a proteção 'efetiva' dos bens jurídico-penais somente pode ser esperada a longo prazo, quando os homens estimam os bens jurídicos dos demais pelo bom senso em vez de pelo temor"[626]. A pena, ato contínuo, deve corresponder à afirmação pública das normas fundamentais e ao seu asseguramento[627], o que se torna viável, segundo Winfried Hassemer, mediante uma teoria de prevenção geral positiva que coloque "os interesses preventivos em uma relação normativa, justificando-os e, também, limitando-os ao mesmo tempo" (tradução nossa)[628].

Winfried Hassemer destaca que a teoria da prevenção geral positiva foi trabalhada na jurisprudência e na literatura jurídico-penal alemãs, nas quais se afirma

---

622 HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal (Einfürung in die Grundlagen des Strafrechts)*. Tradução da 2ª edição alemã, revisada e ampliada, de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre/RS: Segio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 418.
623 Ibidem, p. 418.
624 Ibidem, pp. 419-421.
625 HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidade – bases para una teoría de la imputación em Derecho Penal*. Traducción de Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita. Santa Fé de Bogotá: Temis S.A., 1999, p. 13.
626 HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal (Einfürung in die Grundlagen des Strafrechts)*. Tradução da 2ª edição alemã, revisada e ampliada, de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre/RS: Segio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 421.
627 Ibidem, p. 425.
628 No original: "los intereses preventivos en una relación normativa, justificándolos y limitándolos también al mismo tiempo" (HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidade – bases para una teoría de la imputación em Derecho Penal*. Traducción de Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita. Santa Fé de Bogotá: Temis S.A., 1999, p. 13).

que a pena pretende conservar e fortalecer a confiança no poder de imposição e resistência do ordenamento jurídico e conservar a lealdade jurídica do povo, defendendo o ordenamento jurídico, portanto[629].

Segundo o autor, descrevendo o que seria a "prevenção de integração", a pena se dirige a todos pelo conhecimento, não pelo medo, pois, como parte integrante do controle social, é tarefa do sistema jurídico-penal colaborar com o desenvolvimento cultural e com a socialização dos seres humanos, sendo necessário que o povo confie no poder de resistência das normas e acredite que a justiça penal prática "tem consequências para a validade das normas sociais e para o poder de resistência"[630]. O raciocínio de Winfried Hassemer, todavia, não se esgota na "prevenção de integração", já que, embora o Direito Penal participe do processo de formação da norma social, também deve ele fazer parte do processo de limitar sua própria participação na formação da norma social e de formalizar o controle social, praticando a cautela e a moderação, uma vez que "a prevenção geral positiva se estabelece somente quando ambos os lados da moeda do 'controle jurídico-penal do crime' apresentam graves consequências para a formação social da norma"[631].

Assim, incorporando a ideia de retribuição do ato (no sentido de respeito à proporcionalidade e à dignidade da pessoa humana, bem como de consideração da vítima enquanto pessoa viva e cuja dignidade também foi afetada[632]) e de prevenção especial, entendida principalmente como corresponsabilização social em face dos desviantes[633] (não enquanto adaptação ou intimidação[634], embora o autor destaque que em casos extremos é preciso recorrer à coação e ao terror por meio da pena[635],

---

629 HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal (Einfürung in die Grundlagen des Strafrechts)*. Tradução da 2ª edição alemã, revisada e ampliada, de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre/RS: Segio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 423.
630 Ibidem, p. 424.
631 Idem. *Introdução aos fundamentos do direito penal (Einfürung in die Grundlagen des Strafrechts)*. Tradução da 2ª edição alemã, revisada e ampliada, de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre/RS: Segio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 425.
632 HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidade – bases para una teoría de la imputación em Derecho Penal*. Traducción de Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita. Santa Fé de Bogotá: Temis S.A., 1999, p. 110.
633 Idem. *Introdução aos fundamentos do direito penal (Einfürung in die Grundlagen des Strafrechts)*. Tradução da 2ª edição alemã, revisada e ampliada, de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre/RS: Segio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 426.
634 Idem. *Persona, mundo y responsabilidade – bases para una teoría de la imputación em Derecho Penal*. Traducción de Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita. Santa Fé de Bogotá: Temis S.A., 1999, p. 13.
635 Idem. *Introdução aos fundamentos do direito penal (Einfürung in die Grundlagen des Strafrechts)*. Tradução da 2ª edição alemã, revisada e ampliada, de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre/RS: Segio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 423.

preservando-se o papel de intimidação da generalidade[636]), Winfried Hassemer conclui que a pena deve corresponder à afirmação pública e o asseguramento das normas fundamentais, pois é a "resposta corretiva do desrespeito de uma norma imprescindível para a nossa vida em sociedade" (tradução nossa)[637], também devendo assegurar as normas formalizadoras que recomendam, em certos casos, a prudência, a descriminalização, o perdão e o esquecimento[638], assegurando a estabilização normativa[639].

Por sua vez, Claus Roxin constrói sua teoria da prevenção geral a partir de uma relação dialética[640] entre ela e necessidades preventivo-especiais, exercendo a culpabilidade o papel de limite máximo da reprimenda a ser imposta[641]. Como premissas do raciocínio do autor estão: (i) a subsidiariedade do Direito Penal enquanto instrumento de proteção de bens jurídicos indispensáveis para a vida em comum ordenada, e (ii) a ilegitimidade do Estado para tutelar a esfera interna do indivíduo, sendo vedado o castigo pela imoralidade, de modo que só é legítima a proteção à ordem externa[642].

A pena, partindo dessas premissas, teria a finalidade preventivo-geral positiva de buscar a conservação e o reforço da confiança na firmeza do ordenamento jurídico[643], havendo "uma tríplice superposição de efeitos político-criminais"[644]: (i) um efeito sócio-pedagógico (de aprendizagem) de exercício de fidelidade jurídica[645], produzido pela justiça penal, (ii) um efeito de confiança oriunda da percepção, por

---

[636] HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidade – bases para una teoría de la imputación em Derecho Penal*. Traducción de Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita. Santa Fé de Bogotá: Temis S.A., 1999, p. 112.
[637] No original: "la respuesta correctora al quebrantamiento de una norma imprescindible para nuestra vida en sociedad" (Ibidem, p. 112).
[638] Raciocínio contido em: HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidade – bases para una teoría de la imputación em Derecho Penal*. Traducción de Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita. Santa Fé de Bogotá: Temis S.A., 1999, p. 13.
[639] Ibidem, p. 112.
[640] ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Trad. Ana Paula dos Santos; Luís Natscheradetz. 3. ed. Lisboa: Vega, 2004, p. 43.
[641] Idem. *Derecho penal – parte general, tomo I, fundamentos. La estructura de la teoria del delito*. Tradução: Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díazy García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 1. ed. Espanha: Civitas, 1997, p. 103.
[642] Raciocínio exposto em: ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Trad. Ana Paula dos Santos; Luís Natscheradetz. 3. ed. Lisboa: Vega, 2004, pp. 27-30.
[643] Idem. *Derecho penal – parte general, tomo I, fundamentos. La estructura de la teoria del delito*. Tradução: Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díazy García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 1. ed. Espanha: Civitas, 1997, p. 91.
[644] SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008, p. 468.
[645] BOZZA, Fabio; ZILIO, Jackson, op. cit., p. 83.

parte do cidadão, de que o Direito é real e se aplica, e, por fim, (iii) um efeito de pacificação, que se manifesta quando a consciência jurídica geral se tranquiliza diante da sanção aplicada em virtude do descumprimento da lei, que soluciona o conflito com o indivíduo que pratica um crime[646].

Cindindo o desenvolvimento de sua teoria da pena em três etapas que "em conjunto e apenas em conjunto, esgotam o sentido e a missão do Direito Penal"[647], a saber, cominação legal, aplicação da pena e execução da pena – pois, como já mencionamos, se trata na verdade de uma teoria mista dialética (ou unificadora dialética[648]) –, Claus Roxin aponta que na primeira etapa há uma finalidade eminentemente preventivo-geral, ao passo que na segunda se equilibram finalidades preventivo-gerais e especiais e, na terceira, a finalidade preventivo-geral seria, quando muito, latente, por predominarem finalidades preventivo-especiais.

A finalidade da cominação legal é a prevenção geral, não havendo que se falar em pura intimidação ou ameaça, mas sim no estabelecimento de uma ordem protetora e obrigatória para todos os cidadãos, que é manifestada pelo Estado por meio do Direito Penal, "garantindo-lhes os bens jurídicos necessários para a sua existência e indicando-lhes quais as atividades que eles devem omitir sob a ameaça da pena"[649].

Prosseguindo, na fase de aplicação da pena, Claus Roxin também reconhece a existência de finalidades preventivo-gerais, pois "a força da prevenção geral dos artigos ficaria reduzida a nada se não existisse realidade alguma por detrás dela"[650]. Nessa linha, acrescenta o autor que se um roubo fosse ignorado pela comunidade jurídica, qualquer pessoa poderia alegar a possibilidade de roubar, ao menos uma vez, sem ser punido por isso, tornando ineficaz a própria ordem jurídica em determinado prazo [651]. Por conseguinte, enquanto membro da comunidade, o autor de um crime "tem de responder por seus atos na medida de sua culpa, para a salvaguarda da ordem dessa comunidade" [652].

---

[646] Raciocínio exposto em: ROXIN, Claus. *Derecho penal – parte general, tomo I, fundamentos. La estructura de la teoria del delito*. Tradução: Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díazy García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 1. ed. Espanha: Civitas, 1997, pp. 91-92.
[647] ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Trad. Ana Paula dos Santos; Luís Natscheradetz. 3. ed. Lisboa: Vega, 2004, p. 32.
[648] Ibidem, p. 43.
[649] Raciocínio exposto em: ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Trad. Ana Paula dos Santos; Luís Natscheradetz. 3. ed. Lisboa: Vega, 2004, p. 32.
[650] ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Trad. Ana Paula dos Santos; Luís Natscheradetz. 3. ed. Lisboa: Vega, 2004, p. 32.
[651] Ibidem, p. 33.
[652] Ibidem, p. 37.

Ciente das objeções à instrumentalização do ser humano que costumam ser colocadas diante das teorias preventivas, Claus Roxin assevera que o indivíduo, enquanto titular do poder estatal, não pode ser convertido em meio de intimidação ou em qualquer outro instrumento, de modo que a pena só se justifica se houver harmonia entre a autonomia da personalidade do apenado e a necessidade da reprimenda para a comunidade jurídica[653], afirmando expressamente: "o fim da prevenção geral da punição apenas se pode conseguir na culpa individual"[654].

Por fim, na fase de execução da pena, argumenta Claus Roxin que persistiria, de forma diminuta, a finalidade de prevenção geral, pois é preciso assegurar a eficácia das cominações legais, ainda que isso importe em uma menor possibilidade de obter êxito na ressocialização do apenado[655].

A faceta preventivo-geral positiva da teoria de Claus Roxin, todavia, também é alvo de críticas. Primeiramente, embora se reconheça a tentativa de justificar a superação da objeção kantiana à instrumentalização do ser humano e a violação à sua dignidade, nos parece que a construção de Claus Roxin não é capaz de fazê-lo: mesmo limitada por outros princípios penais e utilizada de forma subsidiária, não se esconde que a aplicação da pena busca a conservação e o reforço da confiança na firmeza e vigência do ordenamento, ou seja, a punição imposta ao apenado serve à manutenção do consenso e da fidelidade jurídica. O próprio autor contra-argumentaria essa crítica ressaltando que toda pena, em alguma medida, supõe o tratamento do indivíduo como meio para um fim que não é primariamente seu, de modo que o indivíduo será, em qualquer situação, "objeto do poder coercitivo do Estado" (tradução nossa)[656]. Ademais, conforme Claus Roxin, estabelecer esse tratamento como inadmissível importaria em renunciar à pena e à coerção, algo que nenhum ordenamento conhecido foi capaz de fazer[657]. Acreditamos se tratar de uma resposta merecedora de profundo respeito e reflexão, mas que também se revela contraditória com a afirmação do próprio autor de que sua construção não trataria o indivíduo como

---

653 ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Trad. Ana Paula dos Santos; Luís Natscheradetz. 3. ed. Lisboa: Vega, 2004, p. 34.
654 Ibidem, p. 37.
655 Ibidem, p. 41.
656 No original: "objeto del poder coercitivo del Estado" (ROXIN, Claus. *Derecho penal – parte general, tomo I, fundamentos. La estructura de la teoria del delito*. Tradução: Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díazy García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 1. ed. Espanha: Civitas, 1997, p. 102).
657 Raciocínio exposto em: ROXIN, Claus. *Derecho penal – parte general, tomo I, fundamentos. La estructura de la teoria del delito*. Tradução: Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díazy García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 1. ed. Espanha: Civitas, 1997, p. 102.

um fim[658]. Além disso, o argumento de que nenhum ordenamento conhecido foi capaz de operacionalizar a renúncia à pena, como aponta o autor, não é, com o devido respeito, suficiente para legitimar o seu emprego. Por todos, afirmou Gustav Radbruch que, mais do que buscar um Direito Penal melhor, é preciso que caminhemos para algo melhor, mais inteligente e humano que o Direito Penal[659]. Argumentar que não se conhece ou não se desenvolveu instrumento mais adequado do que a pena para esse ou aquele objetivo não corresponde a um atestado de sua legitimidade ou nos obriga a cessar a busca: somente se afirma que não se conhece ou se desenvolveu instrumento mais adequado para esse ou aquele objetivo, nada mais.

Em segundo lugar, Gustavo Octaviano Diniz Junqueira aponta o problema relativo à eficácia da teoria de Claus Roxin: "não há estudos que demonstrem o poder da pena de motivar a fidelidade ao Direito"[660], o que também se aplica ao suposto asseguramento das normas fundamentais proposto por Winfried Hassemer[661]. Com efeito, mais do que a fidelidade ao Direito ou o asseguramento das normas fundamentais e formalizadoras, acreditamos que a punição ao indivíduo que praticou determinado crime, no máximo, produz um efeito apaziguador em impulsos violentos da sociedade. Como já tivemos a oportunidade de destacar, argumentam Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli que o indivíduo que respeita o direito normalmente sente que reprimiu tendências que o transgressor não reprimiu, privando-se do que o transgressor não se privou e, assim, inconscientemente, sente que seu sacrifício foi inútil, clamando por vingança: "daí que o passo da prevenção geral à vingança nunca seja de todo claro e que a prevenção geral sempre encerre um conteúdo vingativo"[662]. Nesse mesmo sentido, afirma Heiko Lesch a partir da teoria

---

[658] ROXIN, Claus. *Derecho penal – parte general, tomo I, fundamentos. La estructura de la teoria del delito*. Tradução: Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díazy García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 1. ed. Espanha: Civitas, 1997, p. 102.

[659] Afirma o autor: "Nesse dia a sua verdadeira reforma virá a consistir, não tanto na criação dum direito penal melhor do que o actual, mas na dum direito de melhoria e de conservação da sociedade; alguma coisa de melhor que o direito penal e, simultaneamente, de mais inteligente e mais humano que ele" (RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Tradução e prefácios de L. Cabral de Moncada. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1997, p. 324).

[660] JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri/SP: Manole, 2004, p. 73.

[661] O próprio autor parece admitir que sua proposta carece de comprovação empírica: "Mas como ficam as teorias da política criminal positiva? Elas podem solucionar seus casos jurídico-penais? Ainda é muito cedo para uma resposta. Os criminólogos começaram justamente com isso para tratar os fundamentos empíricos da prevenção geral positiva" (HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal (Einfürung in die Grundlagen des Strafrechts)*. Tradução da 2ª edição alemã, revisada e ampliada, de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre/RS: Segio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 429).

[662] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro, parte geral*. 13. ed. São Paulo: Thomas Reuters Brasil, 2019, pp. 98-99.

psicanalítica de Sigmund Freud: “a pena serve para que se acalmem e se esqueçam as energias criminais que despertaram por meio do crime” (tradução nossa)[663].

É possível, ainda, adaptar a crítica de Eugenio Raúl Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar à prevenção geral positiva fundamentadora para a formulação de Claus Roxin e de Winfried Hassemer, pois aqui também serão punidos, dada a seletividade inerente ao sistema penal, os vulneráveis inábeis[664], sob a justificativa da necessidade de conservar e reforçar a fidelidade da sociedade ao ordenamento jurídico, embora no limite de sua culpa. Não se debruçando propriamente sobre esse aspecto da realidade social, a teoria de Claus Roxin e de Winfried Hassemer “propicia aos operadores do sistema penal a escolha de quais crimes serão investigados, descobertos e implicarão medidas sancionatórias”[665], de modo que permanece aberto o caminho para que os setores dominantes se utilizem dos setores vulneráveis como instrumentos para forjar consensos e instigar a alegada confiança e fidelidade da sociedade ao ordenamento jurídico. Relembrando as palavras de Fabio Bozza e Jackson Zilio, é preciso questionar “a legitimidade de um sistema que busca a sua estabilidade ao custo de pessoas selecionadas pela sua maior vulnerabilidade frente ao sistema penal”[666].

Por todas as razões expostas, acreditamos que nenhuma espécie de prevenção geral pode ser a finalidade única da pena, seja pela violação à dignidade da pessoa humana oriunda da instrumentalização do apenado para fins de (i) ameaça, (ii) manutenção do ordenamento jurídico enquanto esquema de orientação dominante ou (iii) reforço e conservação à confiança na firmeza e vigência do ordenamento jurídico; seja pela tendência ao totalitarismo e consequente ruína do Estado Democrático de Direito; seja pela desconsideração à atuação real do sistema penal, cuja marca é a seletividade.

3.2. Prevenção especial.

Ao contrário das teorias de prevenção geral, as teorias de prevenção especial

---

[663] No original: “la pena sirve para que se calmen y olviden las energías criminales que habían despertado por medio del hecho” (LESCH, Heiko, op. cit., p. 29).
[664] ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al*. *Direito Penal brasileiro: primeiro volume – Teoria geral do Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 123.
[665] JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri/SP: Manole, 2004, p. 73.
[666] Raciocínio contido em: BOZZA, Fabio; ZILIO, Jackson, op. cit., p. 93.

pretendem que o valor positivo da criminalização atue sobre aqueles que praticaram crimes[667], com o intuito de evitar que reincidam[668]. Conforme a classificação proposta por Luigi Ferrajoli, é possível dividir a prevenção especial em prevenção especial positiva (que confere à pena a função positiva de corrigir o apenado), e prevenção geral negativa, (que atribui à pena a função negativa de eliminar ou, no mínimo, neutralizar o apenado)[669]. Ressalta Cezar Roberto Bitencourt, todavia, que essas duas vertentes não são autoexcludentes, "podendo concorrer mutuamente para o alcance do fim preventivo"[670].

O mote da prevenção especial é identificável, embora em construções por vezes menos robustas e com diferentes aspirações, nas falas de Protágoras[671], das escolas correcionalistas da Península Ibérica, como observa Jorge de Figueiredo Dias[672] e, mais recentemente, na década de 1950, pela teoria da Nova Defesa Social de Marc Ancel[673], por exemplo, sem olvidar a criminologia atuarial desenvolvida na déceda de 1970, estritamente ligada ao neoliberalismo e à falência do Estado de bem-estar[674].

Em que pese a pluralidade de construções formuladas ao longo da história, é em virtude do desenvolvimento realizado pelas Escolas Sociológicas Positivas[675] italiana e alemã[676], que a prevenção especial adquire particular relevância e domina o Direito Penal nos séculos XIX e XX[677]. De modo geral, podemos notar um

---

667 ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al*. *Direito Penal brasileiro: primeiro volume – Teoria geral do Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 115.
668 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral – arts. 1º a 120*. 28. ed. São Paulo: Saraivajur, 2022, p. 170.
669 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, pp. 212-213.
670 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral – arts. 1º a 120*. 28. ed. São Paulo: Saraivajur, 2022, p. 170.
671 ROXIN, Claus. *Derecho penal – parte general, tomo I, fundamentos. La estructura de la teoria del delito*. Tradução: Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díazy García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 1. ed. Espanha: Civitas, 1997, p. 85.
672 O autor destaca expressamente que as teses das escolas correcionalistas "convergiam na ideia de que todo o homem é, por sua natureza, susceptível de ser corrigido, pelo que a pena deve, antes de tudo, propor-se operar a correção do delinquente como única (e melhor) forma de evitar que ele, no futuro, continue a cometer crimes" (DIAS, Jorge de Figueiredo, op. cit., p. 80).
673 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral – arts. 1º a 120*. 28. ed. São Paulo: Saraivajur, 2022, p. 170.
674 BOZZA, Fabio; ZILIO, Jackson, op. cit., pp. 110-112.
675 ROXIN, Claus. *Derecho penal – parte general, tomo I, fundamentos. La estructura de la teoria del delito*. Tradução: Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díazy García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 1. ed. Espanha: Civitas, 1997, p. 85.
676 JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri/SP: Manole, 2004, p. 79.
677 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008, p. 464.

rompimento com a forma de se pensar da Escola Clássica, em que o ser humano é entendido como um sujeito livre e racional, e passa-se a compreendê-lo "como objeto condicionado e determinado pelas circunstâncias, endógenas e exógenas, que o impelem, inescapavelmente, ao crime"[678]. Conforme Luigi Ferrajoli, "é a esta altura que o projeto iluminista e puramente humanitário do punir menos converte-se naquele disciplinar e tecnológico do punir melhor"[679]. Para os defensores do determinismo social, por exemplo, é possível aprimorar o ser humano a partir da modificação das circunstâncias que influenciam em sua vida, como a sua educação, seus costumes e seu meio social, ao passo que os defensores do determinismo biológico acreditam e advogam pela necessidade de curar, se possível, o ser humano[680] possuidor de um desvio biológico que o torna propenso ao crime[681].

Não obstante a relevância das teorizações de Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Rafaele Garofalo, da Escola Positiva italiana, a defesa mais significativa da prevenção especial enquanto finalidade da pena, como observa Heiko Lesch, vem de Franz von Lizst[682], da Escola Sociológica alemã, que concilia ideias das Escolas Clássica e Positiva[683]. Franz von Liszt sustenta que a pena sempre será uma coação direta ou indireta e se volta à correção, intimidação e neutralização[684] (prevenção especial positiva e negativa, portanto). Enquanto coação indireta (mediata, psicológica ou de motivação) a pena almeja a adequação artificial do indivíduo socialmente inapto mediante sua correção ou intimidação, transformando-o em um membro útil à sociedade[685], enquanto a coação direta (imediata, mecânica ou violenta) seria entendida como uma seleção artificial do indivíduo socialmente inapto, neutralizando-o de forma transitória ou persistente, ou, alternativamente, excluindo-o da sociedade ou isolando-o dentro dela[686].

---

[678] VANZOLINI, Patricia. *Teoria da pena: sacrifício, vingança e direito penal*. São Paulo: Tirant lo Blanch: 2019, p. 57.
[679] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 213.
[680] Raciocínio contido em: JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri/SP: Manole, 2004, p. 79.
[681] BOZZA, Fabio; ZILIO, Jackson, op. cit., p. 67.
[682] LESCH, Heiko, op. cit., p. 31.
[683] MARQUES, Oswaldo Henrique Duek, op. cit., p. 150.
[684] VON LISZT, Franz. *La idea de fin en el derecho penal*. 1. reimp. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1994, p. 111.
[685] Idem. *Tratado de derecho penal, tomo I*. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. BRIGUIET & C., 1899, p. 100.
[686] Idem. *La idea de fin en el derecho penal*. 1. reimp. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1994, p. 111.

Diante da constatação de que haveria três possíveis tipos de penas (correção, intimidação e neutralização), Franz von Liszt sustenta a existência de três categorias correspondentes de indivíduos criminosos, de modo que se poderia estabelecer a seguinte regra geral[687]: a correção serve aos indivíduos que necessitem de correção e são capazes dela; a intimidação se destina aos indivíduos que não necessitam de correção; e a neutralização se destina aos indivíduos que não são suscetíveis de intimidação, chamados pelo autor de irrecuperáveis, como os ditos criminosos habituais[688].

A categorização dos indivíduos em diversos tipos de criminosos – que Salo de Carvalho se refere como tipologias delinquenciais[689] – é também uma técnica característica do positivismo criminológico (Escola Positiva), e era realizada conforme a propensão ao delito, as características biológicas e o tipo de crime cometido, o que "representa o primeiro passo na anamnese reconstrutiva do grau de periculosidade apresentado pelo delinquente"[690].

Feita essa breve incursão, é fundamental notar que a prevenção especial como finalidade da pena goza de considerável prestígio até os dias atuais. Certamente é uma das mais difundidas entre as finalidades atribuídas à pena[691], sobretudo nas suas vertentes positivas, pelo seu caráter aparentemente altruísta e humanitário. É importante notar, contudo, que a prevenção especial negativa também encontra guarida na atualidade, como relembra Cezar Roberto Bitencourt: "em diversas partes do mundo ainda se aplicam sanções como a prisão perpétua, a pena de morte, as penas corporais, a lapidação ou o apedrejamento"[692]. O Regime Disciplinar Diferenciado é igualmente um reflexo dessa ideia, como pontuam Gustavo Octaviano Diniz Junqueira e Patricia Vanzolini[693].

---

[687] VON LISZT, Franz. *La idea de fin en el derecho penal*. 1. reimp. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1994, pp. 114-115.
[688] Ibidem, pp. 115-116.
[689] CARVALHO, Salo de. *Penas e garantias*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 131.
[690] Ibidem, p. 131.
[691] HERNÁNDEZ, Héctor H. *Fines de la pena. Abolicionismo, impunidad*. Héctor H. Hernández; Camilo Tale; Ricardo Dip; dirigido por Héctor Hernández. 1. ed. Buenos Aires: Cathedra Jurídica, 2010, p. 233.
[692] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral – arts. 1º a 120*. 28. ed. São Paulo: Saraivajur, 2022, p. 170.
[693] JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. *Manual de Direito Penal: parte geral*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 525.

3.2.1. Prevenção especial positiva.

A proposta de prevenção especial positiva pode ser enunciada sob diversas perspectivas, conforme Gustavo Junqueira e Patricia Vanzolini: tratamento; programa máximo e programa mínimo[694]. De modo geral, a pena é descrita como um bem, sendo comum a menção a propostas como a reinserção, reeducação e ressocialização do indivíduo inapto à vida em sociedade[695] (ideologias "re"[696]).

É possível identificar a ideia de pena enquanto tratamento ou cura como uma proposta de prevenção especial positiva, partindo da premissa de que o indivíduo que incorre na prática de um crime é um doente[697] ou portador de alguma anormalidade[698] que precisa ser tratada. Nota-se, a partir dessa concepção, a diferenciação entre o ser humano normal, que é bom e não pratica crimes, e o ser humano anormal, que é mau e perigoso[699], como destaca Gustavo Octaviano Diniz Junqueira ao comentar sobre essa perspectiva: "a não-aceitação das convenções sociais e a prática dos comportamentos desviantes não poderia ter outra explicação que não um desvio patológico do sujeito"[700].

Já tivemos a oportunidade de destacar que, na década de 1960, mormente em virtude do que se convencionou chamar "labeling approach", a criminologia supera o paradigma etiológico, abandonando a noção de crime e criminoso como dados ontológicos e preconcebidos, passando a compreendê-los como resultados de processos ligados à reação das instâncias formais de controle social[701]. Crime, na realidade, é o fato assim percebido, enquanto o criminoso é o indivíduo percebido dessa forma. A ideia de que o indivíduo que incorre na prática de um crime é um doente, portador de alguma anomalia, ou o que quer que seja, é abjeta e deve ser prontamente rejeitada no contexto do Estado Democrático de Direito dado o preconceito que carrega em si mesma. Nesse sentido, a título de exemplo, afirma Héctor Humberto Hérnandez que "se levaram a cabo trabalhos científicos que

---

694 JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. *Manual de Direito Penal: parte geral*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 526.
695 Ibidem, p. 526.
696 ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al*. *Direito Penal brasileiro: primeiro volume – Teoria geral do Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 126.
697 JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri/SP: Manole, 2004, p. 82.
698 JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. *Manual de Direito Penal: parte geral*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 526.
699 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral – arts. 1º a 120*. 28. ed. São Paulo: Saraivajur, 2022, p. 172.
700 JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri/SP: Manole, 2004, p. 83.
701 ANIYAR DE CASTRO, Lola; CODINO, Rodrigo. *Manual de Criminologia Sociopolítica*, p. 218.

chegaram à conclusão de que inexiste correlação entre a morfologia e. a conduta delitiva" (tradução nossa)[702]. Enquanto fato social assim percebido, o crime é um fenômeno que atravessa todos os estratos da sociedade. A existência de um padrão social ou biológico na população encarcerada, assim, se refere muito mais sobre o exercício de poder programado do sistema penal do que sobre os indivíduos que são alvos da criminalização secundária.

Prosseguindo, sustentar que o indivíduo que incorre na prática de um crime assim o faz porque é diferente em essência aos ditos "normais", sendo perigoso por esse motivo, termina por legitimar o direito penal do autor[703], também incompatível com o Estado Democrático de Direito. Na definição de Eugenio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, a forma mais extrema do Direito Penal do autor "é uma corrupção do direito penal, em que não se proíbe o ato em si, mas o ato como manifestação de uma 'forma de ser' do autor, esta sim considerada verdadeiramente delitiva"[704]. Trata-se de um Direito Penal de periculosidade[705] e, como tal, atua de forma *ex ante*, ou seja, autoriza a incidência do Direito Penal para que o indivíduo seja afastado da sociedade, ainda que não tenha, sequer, praticado um crime, sendo reprimido pelo que é, não pelo que fez[706].

Também é preciso notar que, de acordo com a proposta de prevenção especial positiva enquanto tratamento, as penas teriam duração indeterminada, pois deveriam ser mantidas até que o apenado estivesse curado[707]. Fácil perceber o perigo trazido por esse raciocínio, principalmente pelo autoritarismo de se permitir que um indivíduo permaneça indeterminadamente à mercê do Estado[708].

Por fim, observa Gustavo Octaviano Diniz Junqueira que a pena enquanto tratamento sequer pode ser eficaz, "porque parte de ideias falsas"[709]. Também nesse sentido afirma Luigi Ferrajoli: "uma rica literatura, confortada por uma secular e

---

[702] No original: "se llevaron a cabo trabajos científicos que dieron como conclusión la inexistencia de correlación entre morfología y condusta delictiva" (HERNÁNDEZ, Héctor H. *Fines de la pena. Abolicionismo, impunidad*. Héctor H. Hernández; Camilo Tale; Ricardo Dip; dirigido por Héctor Hernández. 1. ed. Buenos Aires: Cathedra Jurídica, 2010, p. 364).
[703] JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri/SP: Manole, 2004, p. 85.
[704] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro, parte geral*. 13. ed. São Paulo: Thomas Reuters Brasil, 2019, p. 111.
[705] Ibidem, p. 111.
[706] Raciocínio contido em: JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri/SP: Manole, 2004, p. 85.
[707] VANZOLINI, Patricia. *Teoria da pena: sacrifício, vingança e direito penal*. São Paulo: Tirant lo Blanch: 2019, p. 56.
[708] Ibidem, p. 56.
[709] JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri/SP: Manole, 2004, p. 84.

dolorosa experiência, demonstrou, com efeito, que não existem penas corretivas ou que tenham caráter terapêutico"[710].

Proposta diversa da prevenção especial positiva enquanto tratamento é a ideia de um programa máximo, na qual se busca a emenda moral do indivíduo que incorre em uma prática criminosa, "com a imposição da adesão, por parte deste, aos padrões morais entendidos como desejáveis pela sociedade"[711]. As ventiladas ideias de reinserção, ressocialização e reeducação são marcas dessa proposta, uma vez que se acredita que o indivíduo será agraciado com um bem: sua correção moral. Como afirma Oswaldo Henrique Duek Marques, o programa máximo "objetiva uma verdadeira transformação do indivíduo, mediante uma terapia com influência na personalidade do infrator, que o leva a atingir a socialização"[712]. Busca-se, assim, a cura espiritual do condenado, que será libertado de sua inferioridade ética[713] e estará afastado da possibilidade de reincidir[714].

Gustavo Octaviano Diniz Junqueira afirma que a principal referência teórica dessa proposta se encontra na escola correcionalista[715], sendo seus expoentes Cárlos David August Röder, Pedro Dorado Montero e Concepción Arenal[716]. Conforme o pensamento em análise, de fundo cristão[717], devemos assumir que aquele que pratica determinado fato definido como um crime é um ser anormal, cuja vontade não é livre, e por isso a pena é necessariamente vista como um bem, pois possibilita a sua correção ou emenda para que viva em sociedade[718]. Inclusive, é interessante notar que Concepción Arenal aponta a ausência de neutralidade valorativa da pena, de modo que se não for construída como um bem, necessariamente será um mal[719], e

---

[710] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 219.
[711] JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri/SP: Manole, 2004, p. 86.
[712] MARQUES, Oswaldo Henrique Duek, op. cit., p. 191.
[713] ANJOS, Fernando Vernice dos. *Análise crítica da finalidade da pena na execução penal: ressocialização e o direito penal brasileiro*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2009, p. 48. doi: 10.11606/D.2.2009.tde-13042010-145345.
[714] JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri/SP: Manole, 2004, p. 87.
[715] Oswaldo Henrique Duek Marques, por sua vez, afirma que a proposta tal como descrita teria sido desenvolvida pela teoria socializadora, encampada por Luis Jiménez de Asúa, por exemplo, porém ressalva o fato de que ela se origina dos princípios estabelecidos pela teoria correcional, de modo que estariam intimamente ligadas (MARQUES, Oswaldo Henrique Duek, op. cit., p. 190).
[716] JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri/SP: Manole, 2004, p. 87.
[717] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral – arts. 1º a 120*. 28. ed. São Paulo: Saraivajur, 2022, p. 130.
[718] Ibidem, p. 130.
[719] ARENAL, Concepción. *Estudios penitenciarios*. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2022, p. 204. Disponível em: https://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc0723067. Acesso em: 27 de set. 2022.

infligir um mal de forma proposital seria incompatível com a ética cristã, como observa Gustavo Octaviano Diniz Junqueira[720]. Sobre o tema, Concepción Arenal acrescenta que, se a pena fosse um mal, não haveria direito de a impor e nem dever do apenado de aceitá-la, pois se transformaria em mero ato de força[721]. De todo modo, assegura a autora que a pena é uma expiação que emenda o apenado, mas também o educa, ao mesmo tempo que afirma a justiça e intimida a coletividade[722].

Para Cárlos David August Röder, a pena é puramente um meio racional e necessário para ajudar o membro da sociedade que está em desarmonia com o restante do corpo social[723]. Não haveria duração predeterminada para a reprimenda e, acrescenta o autor, ela se dirige ao ser humano concreto, considerando-o em sua individualidade, não ao ser humano geral e abstrato, razão pela qual não é possível determinar penas *a priori*[724]. Justifica essa afirmação argumentando que o juiz se assemelha a um médico que visita um doente em sua cama, de modo que é só diante do caso concreto e da experiência prática que é possível saber quando será necessário aumentar ou diminuir a dose do remédio (inclusive, o autor destaca que a pena é uma benesse ao apenado, na medida em que opera como um remédio psíquico que o restaura e garante a saúde da sociedade)[725].

Por fim, de acordo com Pedro Dorado Montero, a pena sempre foi um meio de (i) reabsorver e readaptar os inimigos internos, (ii) eliminá-los ou expulsá-los quando não se tem confiança na adaptação, e (iii) ganhar almas para o céu terreno, que seria a ordem social[726]. O autor, todavia, também defende penas que não se fundam no delito e não são medidas de acordo com ele: se adequam à necessidade social de sua aplicação em virtude de perigos futuros (futuras condutas de indivíduos ditos perigosos)[727]. Assim, poderíamos, segundo o autor, ter penas independentes de condutas, desde que haja temor da prática de crimes e que estes ameacem a ordem

---

[720] JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri/SP: Manole, 2004, p. 88.
[721] ARENAL, Concepción. *Estudios penitenciarios*. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2022, p. 200. Disponível em: https://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc0723067. Acesso em: 27 de set. 2022.
[722] Ibidem, p. 215. Disponível em: https://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc0723067. Acesso em: 27 de set. 2022.
[723] RÖDER, Cárlos David August. *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus contradicciones: ensayo crítico preparatorio para la renovación del derecho penal*. Traducido del alemán por Francisco Giner. 3. ed. Madrid: Librería de Victoriano Suárez, 1876, pp. 235-236.
[724] Ibidem, pp. 248-252.
[725] Ibidem, pp. 252-253.
[726] DORADO MONTERO, Pedro. *El derecho protector de los criminales*. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1915, p. 164.
[727] Ibidem, p. 238.

social[728]. É que, argumenta Pedro Dorado Montero, há indivíduos que apresentam uma inclinação para o cometimento de delitos[729]. Já que os crimes sempre se originariam na situação espiritual de cada um, não é preciso esperar que o crime aconteça para reagir com um "tratamento ou procedimento socialmente preservador" (tradução nossa)[730], sendo necessário, segundo o autor, agir antes que a prática delitiva aconteça ou seja tentada[731].

Contrária às aspirações da proposta de programa máximo, citamos também a proposta de programa mínimo. Assim como as demais proposições preventivo-especiais positivas, o programa mínimo orienta-se a impedir a reincidência e se contenta com esse prognóstico[732]. Desse modo, os defensores do programa mínimo sustentam que ao Estado incumbe tão somente a função de proporcionar mecanismos para que o indivíduo atinja esse objetivo (impedir a reincidência), interferindo o mínimo possível na esfera de direitos do apenado, ao contrário do programa máximo[733]. As oportunidades de integração, portanto, serão voluntárias, e não pode haver prejuízo ao apenado diante da recusa ao "programa ressocializador"[734].

Na prática, a prevenção especial positiva enquanto programa mínimo não poderia orientar a pena enquanto finalidade preponderante, estando mais próxima de uma limitação à ingerência estatal na esfera íntima do indivíduo e de um freio diante do potencial dessocializador da pena e do cárcere[735]. Além disso, como acentua Fernando Vernice dos Anjos, é preciso considerar que ainda não se tem notícia de um ordenamento jurídico que atribua a finalidade de programa mínimo à pena em estado puro e completamente espontâneo, pois sempre haveria, em algum nível, uma

---

[728] DORADO MONTERO, Pedro. *El derecho protector de los criminales*. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1915, p. 239.
[729] Ibidem, p. 270.
[730] No original: "tratamiento o procedimiento socialmente preservador" (DORADO MONTERO, Pedro. *El derecho protector de los criminales*. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1915, p. 270).
[731] Raciocínio exposto em: DORADO MONTERO, Pedro. *El derecho protector de los criminales*. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1915, pp. 269-271.
[732] MARQUES, Oswaldo Henrique Duek, op. cit., p. 191.
[733] Raciocínio contido em: JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri/SP: Manole, 2004, p. 90.
[734] ANJOS, Fernando Vernice dos. *Análise crítica da finalidade da pena na execução penal: ressocialização e o direito penal brasileiro*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2009, p. 51. doi: 10.11606/D.2.2009.tde-13042010-145345.
[735] JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri/SP: Manole, 2004, p. 88.

espécie de imposição que, se não causa nenhum prejuízo direto ao apenado, deixa de beneficiá-lo, viciando o seu consentimento[736].

As teorias de prevenção especial positiva sofrem diversas críticas da doutrina.

Sem desconsiderar as objeções que já traçamos no que diz respeito à prevenção especial positiva enquanto tratamento, lembramos a crítica de Patricia Vanzolini, que vislumbra na prevenção especial positiva um caráter autoritário ainda mais perigoso do que o verificado nas teorias de prevenção geral, "justamente porque a ela se dão vestes de cientificidade e humanitarismo, camuflando até esconder por completo tudo o que há de brutalidade no poder punitivo"[737]. Como aponta a autora, é possível expor as críticas à prevenção especial positiva em três frentes: (i) legitimidade, (ii) eficácia, e (iii) consequências[738].

Sobre a legitimidade, é problemática a afirmação de que o Estado gozaria do poder de impor valores de qualquer ordem, sejam políticos[739], religiosos ou morais aos condenados, sob a justificativa pretensamente humanitária, ou voltada à defesa social, de torná-los menos perigosos, de curá-los ou de evitar que reincidam. Há uma perigosa facilidade com que essa lógica tende ao autoritarismo, uma vez que se transforma de acordo com os grupos que ocupam as posições de poder e, potencialmente, resulta na obrigação de seguir determinados valores sob pena de ser considerado perigoso e inapto à vida em sociedade[740]. Nesse sentido, observa Luigi Ferrajoli sobre as doutrinas correcionalistas[741]:

> Em perfeita coerência com as culturas autoritárias que as orientam, as doutrinas correcionalistas foram as prediletas de todos os sistemas políticos totalitários, em que justificaram modelos e práticas penais ilimitadamente repressivas, paternalistas, persuasivas, de aculturação coagida e de violenta

---

[736] ANJOS, Fernando Vernice dos. *Análise crítica da finalidade da pena na execução penal: ressocialização e o direito penal brasileiro*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2009, p. 52. doi: 10.11606/D.2.2009.tde-13042010-145345.

[737] VANZOLINI, Patricia. *Teoria da pena: sacrifício, vingança e direito penal*. São Paulo: Tirant lo Blanch: 2019, p. 58.

[738] VANZOLINI, Patricia. *Teoria da pena: sacrifício, vingança e direito penal*. São Paulo: Tirant lo Blanch: 2019, p. 58.

[739] Claus Roxin alerta especificamente para o risco de um regime político considerar seus inimigos como socialmente inadaptados e, portanto, merecedores de tratamento, privando-os de liberdade, por exemplo (ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Trad. Ana Paula dos Santos; Luís Natscheradetz. 3. ed. Lisboa: Vega, 2004, p. 21).

[740] Em recente pronunciamento, apenas a título de exemplo, o Presidente da República, Jair Messias Bolsonaro, afirmou em palanque: "As leis existem para proteger as maiorias. As minorias têm que se adequar" (ANDRADE, Hanrrikson de. *Bolsonaro contraria a Constituição e diz que 'minorias têm que se adequar'*. UOL, 2022. Disponível em <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2022/07/15/bolsonaro-defende-falas-transfobicas-minorias-tem-que-se-adequar.htm>. Acesso em: 15 de jul. de 2022).

[741] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 221.

> manipulação da personalidade do condenado. Pensemos à doutrina nazista do "tipo normativo do autor", orientada para uma total subjetivização dos pressupostos da pena identificados com a "infidelidade" ao Estado e com o correlato repúdio de qualquer relevância, mais do que "sintomatológica", da objetividade da conduta.

Decerto, nem toda ideia de prevenção especial positiva tende ao nazismo. Contudo, há uma notável semelhança em todas elas, como destacamos, inclusive no programa mínimo[742]: o desdém à autonomia individual e, consequentemente, à dignidade da pessoa humana. Como aponta Heiko Lesch, o indivíduo é desprezado como pessoa livre e, de forma coativa, é amoldado às convicções gerais[743]. É sabido que os conflitos, e não o consenso, marcam a sociedade e, assim, o autor questiona o que legitima a maioria da população a exigir que uma minoria se amolde ao seu modo de vida preferido[744]. A resposta, segundo Claus Roxin, seria que "a maioria das pessoas considera como algo de evidente o fato de se reprimir violentamente o diferente e o anómalo"[745]. Não pertence ao Estado, todavia, tamanha faculdade, dado o evidente descompasso com a dignidade da pessoa humana, que é seu limite e tarefa, devendo igualmente preservar o pluralismo político, a autonomia individual dos cidadãos e "a possibilidade das minorias se transformarem em maiorias"[746]. Além disso, é preciso ter em mente que o conjunto social normativo ao qual se pretende integrar o apenado precisa ser constantemente discutido, pois, caso contrário, aceitaríamos "como perfeita a ordem social vigente sem questionar nenhuma de suas estruturas, nem sequer as mais diretamente relacionadas com o delito cometido" (tradução noss)[747].

Resta evidente, desse modo, a razão pela qual o discurso de ressocialização, reeducação, reinserção, cura ou emenda de qualquer indivíduo por meio do Direito Penal deve ser analisado com zelo sob o prisma da legitimidade, e assim relembramos a construção de Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli no sentido de que o Direito Penal consagrado pelo Estado Democrático de Direito "de modo algum pode

---

[742] Conforme Patricia Vanzolini, mesmo o programa mínimo é questionável sob o prisma da legitimidade, pois "falar-se em autonomia e voluntariedade no âmbito de uma situação de controle e dominação absolutos, como é a execução da pena, é quase que uma ficção" (*Teoria da pena: sacrifício, vingança e direito penal*. São Paulo: Tirant lo Blanch: 2019, p. 59).
[743] LESCH, Heiko, op. cit., p. 34.
[744] Ibidem, p. 34.
[745] ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Trad. Ana Paula dos Santos; Luís Natscheradetz. 3. ed. Lisboa: Vega, 2004, p. 22.
[746] JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri/SP: Manole, 2004, p. 93.
[747] No original: "como perfecto el orden social vigente sin cuestionar ninguna de sus estructuras, ni siquiera aquellas más diretamente relacionadas com el delito cometido" (MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal y control social*. Jerez: Fundación Universitaria de Jerez, 1985 p. 97).

considerar o criminalizado como um ser em situação de inferioridade, o que seria sempre causa de uma ingerência desmedida em sua pessoa"[748].

Sob o prisma da eficácia, a prevenção especial positiva é igualmente questionável. Em que pese a maior parte das críticas recair sobre a prevenção especial positiva no contexto da pena privativa de liberdade, não apenas sobre ela recaem as objeções relativas à sua capacidade de produzir efeitos positivos.

Retomando a crítica de Heiko Lesch a respeito da pena enquanto expiação, no sentido de que não há como ela cumprir seu objetivo diante de um indivíduo que não demonstra o mínimo sinal de culpa[749], reputamos ser possível estender a objeção ao indivíduo que não se enxerga como doente, carente de socialização ou que considera sua pena injusta, por exemplo. É verdade que originalmente a prevenção especial positiva enquanto finalidade da pena parte, sobretudo nas construções oriundas das escolas correcionalistas, sociológicas e positivas italiana e alemã, de premissas que negam o livre arbítrio do indivíduo que incorre na prática de um crime, assumindo que estaria predeterminado (biológica, moral ou socialmente) a esse destino. Na atualidade, contudo, como já tivemos a oportunidade de destacar, essa ideia é abjeta e deve ser prontamente rejeitada no contexto do Estado Democrático de Direito. Ainda que o livre arbítrio não seja uma premissa demonstrável, o criminoso também não é um ser distinto por natureza, senão um indivíduo percebido pelas instâncias de controle formal dessa forma. Por conseguinte, não haveria como um ordenamento jurídico atrelar à pena a finalidade única de prevenção especial positiva, pois seria inócua diante do indivíduo que não pretende ser curado ou corrigido, por exemplo.

Outra questão que se impõe é a forma pela qual se provaria que a prevenção especial positiva alcançou seu objetivo. Considerando que a nossa observação, enquanto seres humanos, sempre leva em conta o que é exteriorizado, como ações e falas, permanece sem resposta a questão colocada por Héctor Humberto Hérnandez sobre como seria possível discernir o que é real daquilo que é uma simulação de comportamentos e sentimentos destinada a fazer cessar a pena[750]. Em acréscimo, Gustavo Octaviano Diniz Junqueira pontua, considerando casos históricos com conotações religiosas, políticas e filosóficas, que as convicções internas não seriam

---

[748] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro, parte geral*. 13. ed. São Paulo: Thomas Reuters Brasil, 2019, p. 103.
[749] LESCH, Heiko. op. cit., p. 9.
[750] HERNÁNDEZ, Héctor H. *Fines de la pena. Abolicionismo, impunidad*. Héctor H. Hernández; Camilo Tale; Ricardo Dip; dirigido por Héctor Hernández. 1. ed. Buenos Aires: Cathedra Jurídica, 2010, p. 313.

modificáveis pela coação externa, como se pode observar, por exemplo, da ineficácia da repressão operacionalizada pela Inquisição na tentativa de abolir a crença muçulmana ou a repressão dos católicos aos protestantes e vice-versa[751].

No que diz respeito à capacidade de a pena privativa de liberdade ressocializar, curar ou sequer prevenir a reincidência, há um extenso rol de críticas. De início, a privação de liberdade que ressocializa ou produz algo de positivo já aparenta ser uma contradição em termos, sobretudo em países como o Brasil, em que o Supremo Tribunal Federal reconhece um Estado de Coisas Inconstitucional no sistema carcerário – conforme o julgamento da medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF[752]. Dito de outra forma, não há como pretender que o apenado extraia qualquer consequência positiva de sua passagem em um ambiente que é marcado pela "violação massiva e persistente de direitos fundamentais"[753]. Mais do que isso, não há como pretender que o indivíduo que permanece durante semanas, meses ou anos privado de sua liberdade e mantido em um ambiente distinto de qualquer outro, com regras próprias, rotinas próprias e, enfim, dissociativo[754], "que não repete sequer em pequeníssima medida o modelo social usual a que estamos acostumados"[755], se torne socialmente ajustado, como pretende a teoria de prevenção especial positiva. Segundo Heiko Lesch: "é certo que parece paradoxal que se possa preparar alguém para a vida em liberdade privando-lhe precisamente dela" (tradução nossa)[756].

Cezar Roberto Bitencourt, por sua vez, afirma: "ninguém, em sã consciência, ignora que não há nada mais distante da ressocialização do que a prisão"[757], acrescentando que "as mazelas da prisão não são privilégios apenas de países do

---

[751] JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri/SP: Manole, 2004, p. 99.
[752] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Rel. Ministro Marco Aurélio Mello. Brasília, DF, 9 de setembro de 2015. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília - DF, 19 de fevereiro de 2016. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308712125&ext=.pdf>. Acesso em: 3 de jun. de 2022.
[753] Ibidem p. 3.
[754] GENELHÚ, Ricardo; SCHEERER, Sebastian. *Manifesto para abolir as prisões*. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017, p. 176.
[755] Ibidem, p. 161.
[756] No original: "es cierto que parece paradójico que se pueda preparar a alguien para la vida en libertad privándole precisamente de ella" (LESCH, Heiko, op. cit., p. 35).
[757] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão – causas e alternativas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 162.

terceiro mundo"[758]. Há diversas razões para alcançar essa conclusão, como pontua o autor, estando elas amplamente difundidas na doutrina nacional e internacional.

Primeiramente, o cárcere possuiria um efeito criminógeno[759] (fomentador de crimes), seja por (i) fatores materiais, como a precariedade da estrutura física do presídio e das condições de alimentação, higiene, trabalho e lazer, por exemplo[760]; por (ii) fatores psicológicos, ligados ao fato de que a prisão, "por sua própria natureza, é um lugar onde se dissimula e se mente"[761] e, igualmente, apresenta elevadas taxas de suicídio[762], sem olvidar os prejuízos à autoimagem e o sentimento de esterilidade desenvolvido pelos apenados[763]; e por (iii) fatores sociais, pois a prisão conduz o apenado a um processo descrito como "prisionalização"[764], ou seja, a assimilação da cultura carcerária por parte dos indivíduos e que demanda "uma desadaptação tão profunda que resulta difícil conseguir a reinserção social"[765]. Sobre essa questão, Alessandro Baratta aponta a existência de dois processos opostos, mas complementares, a respeito da socialização à qual o apenado é submetido: é possível que se verifique a "desculturação" do detento, caracterizada pela perda da capacidade de se ajustar à vida em liberdade, e, também, a "prisionalização", que pode ser definida como a introjeção de valores característicos da subcultura carcerária[766]. A prisionalização, inclusive, conduz à educação para ser criminoso e educação para ser um bom preso, ambas diversas do que pretende qualquer construção preventivo-especial positiva, como ressalta Alessandro Barata[767].

Além do efeito criminógeno, Cezar Roberto Bitencourt afirma que os altos níveis de reincidência fazem parte de uma questão multifatorial que também passa pela

---

[758] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão – causas e alternativas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 177.
[759] Necessário apontar que embora o próprio autor afirme a existência desse efeito, também pondera que a experiência de cada apenado é individual e que não haveria como medir precisamente o seu grau de influência sobre a experiência no cárcere, bem como o seu grau de importância quando comparado com a personalidade do recluso (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão – causas e alternativas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 181-182).
[760] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão – causas e alternativas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 179-180.
[761] Ibidem, pp. 180-181.
[762] Ibidem, p. 214.
[763] Ibidem, p. 217
[764] Ibidem, pp. 203-205.
[765] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão – causas e alternativas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 180.
[766] BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. 6. ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011, pp. 184-185.
[767] Ibidem, p. 185.

ineficiência do sistema carcerário em gerar efeitos preventivo-especiais positivos[768]. Por fim, também descreve a problemática relacionada à dignidade sexual, seja pelos crimes que a violam ou pela abstinência de atividade sexuais, que, em conjunto ou separadamente, tendem a aumentar a tensão nervosa no cárcere[769].

A respeito da ineficácia, Patricia Vanzolini ainda acrescenta à lista de Cezar Roberto Bitencourt a frequente perda de laços familiares, afetivos e sociais[770], o que também traz dificuldades para o sucesso do objetivo preventivo-especial positivo.

Prosseguindo, como observam Ricardo Genelhú e Sebastian Scheerer, as próprias palavras "ressocialização", "reinserção", "reintegração", "reabilitação" ou mesmo "socialização" trazem consigo uma carga problemática, já que não é possível chegar a um consenso acerca do seu significado no contexto da pena, e, apesar disso, são suficientes para conferir ares humanitários à punição e esconder[771] "a dor, o sofrimento e a utilidade contrassocial da prisão"[772].

Outra crítica verificada com frequência, resvalada por Cezar Roberto Bitencourt ao discutir as dificuldades materiais do cárcere, está relacionada à ideia de "menor elegibilidade" (*less eligibility*), que já tivemos a oportunidade de abordar ao discutir o princípio da humanidade das penas. Em linhas gerais, a vida no cárcere não poderia ser melhor do que as piores condições a que um indivíduo em liberdade pode estar submetido[773], "sob pena de um bloqueio político intransponível"[774]. Sustentar a possibilidade de alcançar qualquer finalidade preventivo-especial positiva nesse contexto, mormente em países periféricos, é inviável.

Diante de todas as críticas à eficácia da pena privativa de liberdade e seus efeitos deletérios, especialmente agravados em países periféricos, é precisa a objeção final de Eugenio Raúl Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia e Alejandro

---

[768] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão – causas e alternativas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 184.
[769] Ibidem, pp. 217-219.
[770] VANZOLINI, Patricia. *Teoria da pena: sacrifício, vingança e direito penal*. São Paulo: Tirant lo Blanch: 2019, pp. 59-60, citando também: SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria da pena – fundamentos políticos e aplicação judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 28.
[771] Como já tivemos a oportunidade de mencionar, Nils Christie discute à fundo a técnica de esconder o sofrimento e a dor das práticas penais mediante a escolha precisa de palavras (*Limites à Dor: o papel da punição na política criminal*. Tradução: Gustavo Noronha de Ávila, Bruno Silveira Rigon e Isabela Alves. 1. ed, 5. reimp. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 27 e ss.).
[772] GENELHÚ, Ricardo; SCHEERER, Sebastian. *Manifesto para abolir as prisões*. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017, p. 161.
[773] DE GIORGI, Alessandro. *Punishment and Political Economy*. In: FRANÇA, Leandro Ayres; CARLEN, Pat (eds.). *Alternative Criminologies.* New York: Routledge, 2017, pp. 42-43.
[774] JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri/SP: Manole, 2004, p. 96.

Slokar: “na realidade paradoxal do continente latino-americano, as penas não deveriam ser impostas se se mantivesse, coerentemente, a tese preventista especial positiva”[775].

Finalmente, analisaremos algumas das possíveis consequências disfuncionais de se atribuir à pena uma finalidade puramente preventivo-especial positiva.

A primeira dessas consequências deriva da substituição da culpabilidade pela periculosidade como fundamento e medida da pena. A periculosidade, como aponta Patricia Vanzolini, pode ser entendida como o “prognóstico de que o indivíduo tem probabilidade de vir a praticar crimes”[776]. A pena, portanto, não necessariamente seria aplicada *ex post* e não seria medida pelo fato ocorrido, como pretendem as teorias absolutas ou retributivas (*punnitur quia peccatum est*)[777], mas pelo grau de inclinação ao delito que o indivíduo apresente[778].

Como já tivemos a oportunidade de destacar, a pena fundamentada e quantificada conforme a periculosidade termina por legitimar o Direito Penal do autor[779], este incompatível com o Estado Democrático de Direito por autorizar a punição do indivíduo pelo que ele é, não pelo que fez[780]. A lógica do Direito Penal do autor se imporia porque, sob o viés estritamente preventivo, não faz sentido esperar que o crime aconteça se o indivíduo apresenta uma predisposição à sua prática[781]. Se o crime é a manifestação ou sintoma de uma doença ou inaptidão preexistente, por exemplo, a adoção da lógica estritamente preventivo-especial conduz à necessidade de iniciar o tratamento ou emenda assim que possível, mesmo que os sintomas não tenham se manifestado. O raciocínio preventivo-especial positivo encampado em sua pureza conduz a esse tipo de distorção[782] e redunda no abandono a princípios penais liberais, especialmente a culpabilidade, pois, reforçamos, se pune o autor, e não o

---

[775] ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al*. *Direito Penal brasileiro: primeiro volume – Teoria geral do Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 126.
[776] VANZOLINI, Patricia. *Teoria da pena: sacrifício, vingança e direito penal*. São Paulo: Tirant lo Blanch: 2019, p. 60.
[777] LESCH, Heiko, op. cit., p. 36.
[778] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro, parte geral*. 13. ed. São Paulo: Thomas Reuters Brasil, 2019, p. 104.
[779] JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri/SP: Manole, 2004, p. 85.
[780] Raciocínio contido em: JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri/SP: Manole, 2004, p. 85.
[781] LESCH, Heiko, op. cit., p. 37.
[782] Se um indivíduo é visto como alguém com grande potencial de cometer crimes, estaria justificada a sua punição mesmo que não tivesse cometido nenhum, sob a justificativa de empregar um tratamento ressocializador, conforme a crítica de Claus Roxin (*Derecho penal – parte general, tomo I, fundamentos. La estructura de la teoria del delito*. Tradução: Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díazy García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 1. ed. Espanha: Civitas, 1997, p. 88).

fato[783]. Mesmo que se aguarde a ocorrência do fato, é preciso ter em mente que, segundo essa lógica, "o crime é apenas a ocasião para a pena, e não causa"[784].

Ainda, se a única finalidade da pena é prevenir a reincidência, curar ou emendar o apenado, não haveria justificativa para apenar um indivíduo perfeitamente "socializado"[785] que praticou um único e gravíssimo crime, por motivos absolutamente específicos, e que jamais incorrerá em nova ação delitiva. A respeito dessa questão, Heiko Lesch se posiciona no mesmo sentido, afirmando que não haveria qualquer necessidade preventivo-especial positiva capaz de autorizar a punição nesse caso[786]. Em contrapartida, pontua o autor, se a pena é voltada à prevenção e medida pela periculosidade, estaria perfeitamente justificada uma longa privação de liberdade a um indivíduo que sistematicamente comete furtos de pequeno valor, até que fosse cessada a sua periculosidade[787]. Claus Roxin traz a mesma crítica sob uma perspectiva extremada e indaga como se justificaria a punição, sob o ponto de vista da prevenção especial, dos criminosos nacional-socialistas que, hoje, vivem inofensiva e discretamente na sociedade[788]. Isolada, a prevenção especial positiva não poderia responder essas questões[789], sendo necessário o revolvimento a outras finalidades da pena.

Como apontamos ao analisar a pena enquanto tratamento, se estende às demais propostas preventivo-especiais positiva o problema da indeterminação do seu tempo máximo de cumprimento: se ela é um bem que busca curar o indivíduo, emendá-lo ou simplesmente proporcionar mecanismos para que ele não reincida, só

---

[783] De todo modo, indaga Gustavo Octaviano Diniz Junqueira: "se o delito é visto quase como enfermidade, não seria absurdo punir a consequência de uma enfermidade? Ou a pena não é, aqui, punição?" (*Finalidades da pena*. Barueri/SP: Manole, 2004, p. 95).

[784] JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri/SP: Manole, 2004, p. 95; ainda, em Heiko Lesch, em tradução nossa: "mas essa se impõe, na verdade, por ocasião do crime, não por causa dele" (No original: "pero ésta se impone en verdad com ocasión del hecho, y no precisamente a causa de un hecho") (*La función de la pena*. Trad: Javier Sánchez-Vera; Gómez-Trelles. Madrid: Dykinson, 1999, p. 39).

[785] Em que pese a ideia de indivíduo socializado geralmente estar associada a um indivíduo economicamente produtivo, o que levaria à conclusão de que grandes empresários e políticos que praticam crimes econômicos, de modo geral, não apresentariam problemas de socialização, Jorge de Figueiredo Dias (op. cit., pp. 82-83) e Oswaldo Henrique Duek Marques (op. cit., pp. 194-195) afirmam que também esses indivíduos apresentam déficits de socialização, pois a prática de crimes denotaria um descompasso com os valores socialmente desejados.

[786] LESCH, Heiko, op. cit., p. 36.

[787] Ibidem, p. 36.

[788] ROXIN, Claus. *Derecho penal – parte general, tomo I, fundamentos. La estructura de la teoria del delito*. Tradução: Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díazy García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 1. ed. Espanha: Civitas, 1997, p. 89

[789] Idem. *Problemas fundamentais de direito penal*. Trad. Ana Paula dos Santos; Luís Natscheradetz. 3. ed. Lisboa: Vega, 2004, p. 22.

poderia ser interrompida quando alcançado qualquer um desses objetivos. É preciso notar, contudo, que isso pode nunca acontecer. Assim, uma vez que a pena não é proporcional ao fato, estando desconsiderada a lesividade da conduta em detrimento da necessidade preventiva[790], não há como determinar, de antemão, sua duração. Deve ela se estender, ilimitadamente, até "realizar a ideologia 're' que for sustentada"[791], o que à toda evidência viola o princípio da reserva legal e da culpabilidade. A crise se agudiza, como percebe Jorge de Figueiredo Dias, quando levamos em consideração o fato de que isso poderia levar indivíduos que praticam infrações com baixíssimo potencial ofensivo de modo repetitivo a permanecer perpetuamente privados de sua liberdade[792] caso se revele impossível atingir a finalidade esperada em termos de prevenção especial positiva.

Ao abordar os problemas afetos à legitimidade da prevenção especial positiva, ressaltamos que ela, com certa facilidade, inaugura um caminho a todo o tipo autoritarismo, já que o discurso aparentemente benéfico se transforma de acordo com os grupos que ocupam as posições de poder e, potencialmente, resulta na obrigação de seguir determinados valores sob pena de ser considerado perigoso e inapto à vida em sociedade. A "ausência de critério no que tange ao conteúdo do Direito penal"[793] torna evidente, portanto, o risco de transformá-lo em um instrumento de punição seletiva disfarçado de benefício às minorias.

As críticas relativas à legitimidade, eficácia e consequências envolvendo a prevenção especial positiva nos permitem alcançar a conclusão de que ela não pode ser, nos moldes apresentados, a finalidade da pena. Não obstante, é possível, sim, vislumbrar um caminho para a prevenção especial positiva no Estado Democrático de Direito.

Considerando a seletividade ínsita ao sistema penal, afirmam Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli que, em razão de hábitos gerados pela criminalização seletiva ou outras formas difusas de controle social, alguns indivíduos são especialmente vulneráveis e pré-candidatos à criminalização, especialmente

---

[790] JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri/SP: Manole, 2004, p. 92.
[791] ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al*. *Direito Penal brasileiro: primeiro volume – Teoria geral do Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, pp. 126-127.
[792] DIAS, Jorge de Figueiredo, op. cit., p. 82.
[793] JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri/SP: Manole, 2004, p. 95.

quando pertencem aos setores mais pobres[794]. Desse modo, destacam Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli[795]:

> A função da prevenção especial penal nestes casos, deve ser a de diminuir a vulnerabilidade do criminalizado frente ao próprio sistema penal. A "tomada de consciência" do papel que assume o criminalizado por parte dele mesmo, para que perceba que o condicionamento o leva a "mostrar a cara" ao controle social institucionalizado e a ser tomado como exemplo do que 'não se deve fazer', para contenção do setor social do qual é selecionado, significará, em tais hipóteses, o alcance do objetivo da pena e o fim último da prevenção especial penal.

A função de prevenção especial positiva, assim, torna-se compatível com a dignidade da pessoa humana, pois não importa em um condicionamento ou descondicionamento, mas em uma "tomada de consciência do papel assumido com a exposição à criminalização"[796].

Em acréscimo, se o Estado busca diminuir a violência e possibilitar a vida em comum, respeitando a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais de todos os indivíduos, nos parece, como observa Gustavo Octaviano Diniz Junqueira, que "é dever do Estado oferecer ao condenado, em razão dos direitos constitucionais sociais, todas as condições para seu desenvolvimento individual, inclusive educação[797] e orientação ao trabalho"[798]. Ênfase ao verbo "oferecer". Qualquer auxílio só será possível e proveitoso com a participação voluntária do apenado, sob o risco de se tornar manipulação da personalidade[799] ou barganha, retomando todos os problemas que já apontamos. Nesta senda, permitindo que o apenado gerencie sozinho suas convicções[800], deve o Estado oferecer "um máximo de instrumentos de educação, saúde, trabalho e assistência àquele que cumpre pena, com um mínimo de imposição"[801], buscando "reduzir ao mínimo a marginalização de facto que a reclusão implica e os efeitos criminógenos que lhe estão associados"[802]. Acreditamos que esse

---

[794] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro, parte geral*. 13. ed. São Paulo: Thomas Reuters Brasil, 2019, p. 103.
[795] Ibidem, p. 104.
[796] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro, parte geral*. 13. ed. São Paulo: Thomas Reuters Brasil, 2019, p. 104.
[797] Antes que se argumente a impossibilidade de se oferecer qualquer espécie de educação ao apenado em virtude do risco de sugestionar certos valores em detrimento de outros, aponta Oswaldo Henrique Duek Marques que a premissa de neutralidade na educação é falsa, pois não existe educação desprovida de valores (*Fundamentos da pena*. 3. ed. São Paulo: WWF Martins Fontes, 2016, p. 196).
[798] JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri/SP: Manole, 2004, p. 98.
[799] RODRIGUES, Anabela Miranda. *Novo olhar sobre a questão penitenciária: estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pp. 58-59.
[800] JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri/SP: Manole, 2004, p. 98.
[801] Ibidem, p. 98.
[802] RODRIGUES, Anabela Miranda, op. cit., p. 52.

raciocínio seja compatível com o pensamento de Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, pois, embora não sejam fins em si mesmos, “a criação de hábitos de trabalho, a instrução, o ordenamento de sua vida familiar etc. (...) poderão surgir como meios que contribuam ou que resultem da tomada de consciência a que nos referimos”[803].

Desse modo, conforme exposto, acreditamos na possibilidade de reorganizar o sentido da prevenção especial positiva e projetá-la de modo que se torne compatível, em alguma medida, com o Estado Democrático de Direito, em uma espécie de redução de danos diante da lógica imposta pelo cárcere.

3.2.2. Prevenção especial negativa.

Conforme Jorge de Figueiredo Dias, é partindo da premissa de que a prevenção especial positiva é utópica ou mesmo ineficaz em certos casos que se sustenta que a prevenção especial só lograria êxito mediante a intimidação ou segregação e neutralização do apenado[804].

A lógica da prevenção geral negativa, conforme Patricia Vanzolini, pode ser adaptada para compreender a face de intimidação da prevenção especial negativa: se defende a possibilidade de intimidar[805] o apenado mediante a agonia da pena, de modo que, buscando fugir de um novo sofrimento, ele não voltaria a delinquir[806]. A medida da pena, por conseguinte, seria determinada conforme a necessidade de intimidação[807].

Em sua outra face, a pena teria finalidade preventivo-especial negativa de pura defesa social, afastando o criminoso da sociedade para que não a coloque em risco novamente[808], sendo a reprimenda uma ferramenta de neutralização ou inocuização. Como mencionamos, Franz von Liszt já afirmava que a pena, enquanto a coação direta (imediata, mecânica ou violenta) seria entendida como uma seleção artificial do indivíduo socialmente inapto, neutralizando-o de forma transitória ou persistente, ou,

---

[803] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro, parte geral*. 13. ed. São Paulo: Thomas Reuters Brasil, 2019, p. 104.
[804] DIAS, Jorge de Figueiredo, op. cit., pp. 78-79.
[805] A ideia de intimidar o apenado, como vimos, já era suscitada por Franz von Liszt, e se destinava ao indivíduo que não necessitava de correção (*La idea de fin en el derecho penal*. 1. reimp. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1994, pp. 114-115).
[806] VANZOLINI, Patricia. *Teoria da pena: sacrifício, vingança e direito penal*. São Paulo: Tirant lo Blanch: 2019, p. 62.
[807] JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri/SP: Manole, 2004, p. 82.
[808] Ibidem, p. 80.

alternativamente, excluindo-o da sociedade ou isolando-o em seu interior[809]. Assim, a inocuização pode ser efetivada pela manutenção do condenado no cárcere, neutralizando "o potencial risco que ele representa para a comunidade"[810]. Em última análise, legitimaria a pena de morte, pois, como observa Gustavo Octaviano Diniz Junqueira sobre a referida ideia, "não há outro modo mais eficaz de garantir o fim da capacidade lesiva do agente"[811].

Há diversas críticas a essa teorização, sendo algumas delas similares às realizadas diante da prevenção geral negativa e da prevenção especial positiva.

Em primeiro lugar, a ideia de que o apenado sofrerá tanto que não reincidirá parte da premissa de que o ser humano sempre considera as vantagens e desvantagens de suas ações e toma decisões racionais orientado a maximizar o seu prazer e felicidade (*homo economicus*), que contestamos anteriormente pela sua fragilidade e por carecer de comprovação empírica.

Prosseguindo, se admitirmos como legítima a mera neutralização e intimidação do apenado por meio da pena para prevenir a prática de novos crimes, não haveria limite para o sofrimento a ser imposto, assim como permaneceria sem resposta (i) a medida de sofrimento necessária para desestimular cada indivíduo, (ii) a quantidade de sofrimento devida a cada crime e (iii) o limite temporal da pena. Insistimos que, diante da vinculação com a periculosidade do indivíduo, e não com o fato, não há como superar esses óbices dentro da lógica preventivo-especial negativa, o que resulta na legitimação das mais variadas perversidades na execução da pena. O Direito Penal, assim, se afasta por completo da função de garantia e de contenção do poder punitivo[812] que assume no contexto do Estado Democrático de Direito e passa a buscar de forma arbitrária e irracional a prevenção da criminalidade[813].

Na realidade, sequer a prevenção especial negativa previne, uma vez que maneja seus efeitos após a prática do crime[814], somente impedindo certos comportamentos – *a posteriori* – mediante a intimidação e a neutralização[815],

---

[809] VON LISZT, Franz. *La idea de fin en el derecho penal*. 1. reimp. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1994, p. 111.
[810] VANZOLINI, Patricia. *Teoria da pena: sacrifício, vingança e direito penal*. São Paulo: Tirant lo Blanch: 2019, p. 63.
[811] JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri/SP: Manole, 2004, p. 80.
[812] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Direito penal humano e poder no século XXI.* Trad. Ílison Dias dos Santos; Jhonatas Péricles Oliveira de Melo. Salvador: EDUFBA, 2020, p. 30.
[813] JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri/SP: Manole, 2004, p. 65.
[814] Ibidem, p. 82.
[815] ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al*. *Direito Penal brasileiro: primeiro volume – Teoria geral do Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 128.

agravando os índices de criminalidade diante do efeito criminógeno do cárcere[816]. Nesse ponto, inclusive, é interessante notar que Patricia Vanzolini classifica como ingênua a intenção dos defensores da prevenção especial negativa de neutralizar o crime mediante o aprisionamento de corpos criminosos, ressaltando que muitas das vezes os indivíduos neutralizados são fungíveis dentro de suas organizações[817]. À essa constatação, acrescentamos que é de conhecimento público a possibilidade de se ordenar crimes de dentro do próprio cárcere, sem olvidar os crimes que lá são cometidos, a evidenciar a ineficácia da tentativa de neutralização do apenado.

Também se faz necessário rechaçar o argumento da "menor elegibilidade" (*less eligibility*), no tocante à prevenção especial negativa, utilizado para agravar a intensidade do sofrimento imposto ao apenado para garantir que a intimidação preserve sua força – caso contrário a prisão seria convidativa aos setores mais pobres da sociedade – pois, "em um país miserável como o Brasil, legitimar o tratamento cruel e degradante nas prisões viola os mais básicos e literais princípios constitucionais"[818].

Assim, é evidentemente incompatível com o Estado Democrático de Direito a pena que busca tão somente excluir o apenado da sociedade para fazê-lo sofrer indeterminadamente ou eliminá-lo, sobretudo diante do fato de que a dignidade da pessoa humana é limite e tarefa do Estado, obrigando o Direito Penal e todos os instrumentos à sua disposição a se adequarem à lógica de garantia e contenção de violência e arbítrio. O ser humano não pode ser instrumentalizado, especialmente mediante tamanha violência e autoritarismo, como argumenta Patricia Vanzolini, para a (falaciosa) consecução da meta de segurança e defesa social[819].

3.3. Considerações finais sobre as teorias preventivas da pena.

Em que pese as críticas realizadas demonstrarem a incompatibilidade entre as teorias preventivas da pena consideradas em sua pureza e o Estado Democrático de Direito, bem como as anomalias e distorções geradas pela sua adoção, é preciso destacar que a ideia de excluir o apenado e fazê-lo sofrer (prevenção especial

---

[816] VANZOLINI, Patricia. *Teoria da pena: sacrifício, vingança e direito penal*. São Paulo: Tirant lo Blanch: 2019, p. 63.
[817] Raciocínio exposto em: VANZOLINI, Patricia. *Teoria da pena: sacrifício, vingança e direito penal*. São Paulo: Tirant lo Blanch: 2019, pp. 63-64.
[818] Raciocínio exposto em: JUNQUEIRA, Gustavo. VANZOLINI, Patrícia. *Manual de direito penal: parte geral*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, pp. 525-526.
[819] VANZOLINI, Patricia. *Teoria da pena: sacrifício, vingança e direito penal*. São Paulo: Tirant lo Blanch: 2019, p. 64.

negativa), bem como a de intimidar a coletividade mediante a ameaça da pena (prevenção geral negativa) são extremamente difundidas na sociedade.

Como observam Fabio Bozza e Jackson Zilio – apoiados no raciocínio de Massimo Pavarini –, existem, grosso modo, duas leituras acerca da questão carcerária: uma é oriunda da academia, de baixa circulação social e que, por estar ciente das funções reais e nocivas do cárcere, acredita na eficácia da prisão enquanto mecanismo de produção de violência, não como mecanismo de controle da criminalidade. A outra leitura é caracterizada como uma penologia populista[820] que crê na eficácia e utilidade da prisão para solucionar o problema da criminalidade, sendo mais próxima do modo de pensar da maioria da população e, embora menos rebuscada, está em franca ascensão e é alimentada pelo medo pela sensação de insegurança, sendo repetida pela mídia e por políticos de todo o espectro (direita e esquerda), buscando legitimação científica na lógica atuarial e na aplicação da Análise Econômica do Direito[821] – o chamado "Nova Penologia" (tradução nossa)[822] e, mais recentemente, Populismo Penal[823].

A prevenção de crimes é um dos objetivos do Estado, assim como o é a criação de condições que possibilitem o mais amplo exercício e fruição da dignidade da pessoa humana, que é o filtro de legitimidade de toda ação do Poder Público[824]. A redução da criminalidade mediante a eliminação sistemática de determinados membros da comunidade, em sua maioria vulneráveis (diante da seletividade ínsita ao sistema penal), não é democrática e só pode ser considerada eficaz sob uma lógica estritamente tecnocrata e, portanto, sem compromisso com justificações morais. A busca desenfreada por essa eficiência, como observa Patricia Vanzolini, não é característica de um Estado de Democrático de Direito, mas de um Estado policial e autoritário[825], razão pela qual é preciso rechaçar o discurso populista, preservando-se o Direito Penal democrático e a sua função de garantia e contenção do poder punitivo.

---

[820] VANZOLINI, Patricia. *Teoria da pena: sacrifício, vingança e direito penal*. São Paulo: Tirant lo Blanch: 2019, p. 65.
[821] Raciocínio exposto em: BOZZA, Fabio; ZILIO, Jackson, op. cit., pp. 115-117.
[822] No original: "new penology" (VANZOLINI, Patricia. *Teoria da pena: sacrifício, vingança e direito penal*. São Paulo: Tirant lo Blanch: 2019, p. 64).
[823] Cf. ANDRADE, André Lozano. *Populismo penal: comunicação, manipulação política e democracia*. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.
[824] ABBOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*, p. 1410.
[825] VANZOLINI, Patricia. *Teoria da pena: sacrifício, vingança e direito penal*. São Paulo: Tirant lo Blanch: 2019, pp. 65-66.

4. Teorias mistas da pena.

Como expusemos, as mais célebres teorias retributivas e preventivas da pena sofrem contundentes críticas da doutrina no que diz respeito à sua legitimidade para orientar a finalidade da pena. Dessa forma, partindo da premissa de que o problema acerca da legitimidade estaria atrelado ao desenvolvimento teórico a partir de uma finalidade isolada, surgem teorias que acoplam, aditiva ou dialeticamente, diferentes finalidades da pena, referenciadas como teorias mistas, ecléticas ou unificadoras da pena[826]. São as mais difundidas na atualidade, como apontam Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli[827], pois a pretensão dessas formulações é, de modo geral, condensar diferentes teorias na expectativa de responder questionamentos ou suprir os defeitos que, isoladas, não conseguiriam. Nesse sentido, afirma Cezar Roberto Bitencourt: "esta corrente tenta recolher os aspectos mais destacados das teorias absolutas e relativas"[828].

Adotaremos a classificação utilizada por Claus Roxin, separando as teorias mistas em aditivas e dialéticas[829].

4.1. Teorias mistas aditivas da pena.

São chamadas de aditivas as teorias que meramente amontoam finalidades da pena, como, por exemplo, a adição da finalidade retributiva às demais finalidades preventivas[830], sem nenhuma relação de balanceamento ou limitação recíproca entre elas, estando todas "em primeiro plano"[831]. Observa Gustavo Octaviano Diniz Junqueira que nessa "função total" da pena, o legislador apontaria se devem prevalecer, por exemplo, características intimidatórias, ressocializadoras ou referentes à lesão social no tocante à sanção cominada ao fato, enquanto seria tarefa do juiz decidir qual das finalidades seria mais pertinente ao caso concreto[832].

---

826 JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri/SP: Manole, 2004, p. 99.
827 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro, parte geral*. 13. ed. São Paulo: Thomas Reuters Brasil, 2019, p. 113.
828 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral – arts. 1º a 120*. 28. ed. São Paulo: Saraivajur, 2022, p. 173.
829 ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Trad. Ana Paula dos Santos; Luís Natscheradetz. 3. ed. Lisboa: Vega, 2004, p. 44.
830 Fabio Bozza e Jackson Zilio aduzem que, de acordo com essa formulação: "a pena só é legítima quando é preventivamente necessária e, ao mesmo tempo, justa, ou seja, quando evita qualquer dano ao autor que supere a medida da culpabilidade" (*Os fins do direito penal*. 1. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021, pp. 137-138).
831 ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Trad. Ana Paula dos Santos; Luís Natscheradetz. 3. ed. Lisboa: Vega, 2004, p. 44.
832 JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri/SP: Manole, 2004, p. 100.

Trata-se, à toda evidência, de um poder muito amplo e de difícil limitação, que serve como verdadeira carta branca ao julgador e, em última análise, é prejudicial à isonomia, dado que "a medida e a qualidade da pena sofrerão instabilidades e inseguranças imensas"[833]. Nesse sentido, afirma Juarez Cirino dos Santos que a opção por uma teoria mista aditiva corresponde à adoção de "uma pluralidade de discursos legitimadores capazes de racionalizar qualquer punição pela escolha da teoria mais adequada para o caso concreto"[834]. Essa combinação, portanto, é muito mais autoritária do que qualquer teoria pura, como argumentam Eugenio Raúl Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar, se tratando de "uma entrega do Direito Penal à arbitrariedade e da consequente renúncia à sua função mais importante"[835].

Além disso, é digna de nota a crítica de Claus Roxin a respeito das teorias mistas aditivas, pois, se a adoção isolada de uma finalidade da pena já é problemática, a somatória de três finalidades (retribuição, prevenção especial e prevenção geral), por exemplo, tão somente torna o problema três vezes maior, sem qualquer utilidade prática, a demonstrar uma "desorientação teórica"[836]. Em raciocínio similar, Fabio Bozza e Jackson Zilio também afirmam que "se todas as fundamentações são falhas, defeituosas e politicamente reacionárias, a mera adição de teorias não faz mais que somar defeitos"[837].

Diante das críticas, Claus Roxin afirma: "graças a Deus que de momento não se pratica nem se defende seriamente esta teoria"[838]. A doutrina brasileira, todavia, indica que o Código Penal brasileiro a adota, como observa Gustavo Octaviano Diniz Junqueira[839]. Exploramos essa questão no derradeiro capítulo.

---

[833] JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri/SP: Manole, 2004, p. 100.
[834] SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008, p. 493.
[835] ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al*. *Direito Penal brasileiro: primeiro volume – Teoria geral do Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 141.
[836] ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Trad. Ana Paula dos Santos; Luís Natscheradetz. 3. ed. Lisboa: Vega, 2004, p. 44.
[837] BOZZA, Fabio; ZILIO, Jackson, op. cit., p. 138.
[838] ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Trad. Ana Paula dos Santos; Luís Natscheradetz. 3. ed. Lisboa: Vega, 2004, p. 44.
[839] JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri/SP: Manole, 2004, p. 101.

4.2. Teorias mistas dialéticas da pena.

São teorias mistas dialéticas da pena as formulações que atribuem múltiplas finalidades à pena, mas o fazem estabelecendo limites e contrapesos recíprocos por meio da eleição de uma finalidade preponderante, a "qual deve prevalecer para efeito de limite e necessidade de punição"[840]. Fácil perceber que uma enorme gama de combinações se desenha no horizonte. Todavia, seguindo o exemplo de Gustavo Octaviano Diniz Junqueira, nos parece mais relevante discorrer sobre as formulações que "buscam o equilíbrio entre as referidas finalidades de forma supostamente coerente em nível dogmático e ideológico"[841]. Com o intuito de ilustrar a capacidade de rendimento das teorias mistas dialéticas, abordaremos as propostas de Claus Roxin e Jorge de Figueiredo Dias, que partem somente de teorias preventivas como finalidades justificadoras e preponderantes, e Andrew von Hirsch, que assume a primazia da função retributiva em sua construção.

A formulação de Claus Roxin, como já tivemos a oportunidade de apontar, estabelece como premissas a subsidiariedade do Direito Penal enquanto instrumento de proteção de bens jurídicos indispensáveis para a vida em comum ordenada, assim como a ilegitimidade do Estado para tutelar a esfera interna do indivíduo, sendo vedado o castigo pela imoralidade, de modo que só é legítima a proteção à ordem externa[842].

Além disso, Claus Roxin argumenta que "o fim da pena só pode ser de tipo preventivo"[843], rejeitando qualquer finalidade retributiva[844] e fazendo importante ressalva: embora o Direito Penal enfrente o individuo de três maneiras distintas (cominação legal, aplicação da pena e execução), é preciso haver coerência entre elas, pois "cada etapa seguinte deve acolher em si os princípios da precedente"[845]. Cumpre repisar, por fim, que o autor busca superar a objeção à dificuldade de limitação da pena de caráter preventivo, sustentando que o limite máximo da

---

[840] JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri/SP: Manole, 2004, p. 101.
[841] Ibidem, p. 102.
[842] Raciocínio exposto em: ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Trad. Ana Paula dos Santos; Luís Natscheradetz. 3. ed. Lisboa: Vega, 2004, pp. 27-30.
[843] ROXIN, Claus. *Derecho penal – parte general, tomo I, fundamentos. La estructura de la teoria del delito*. Tradução: Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díazy García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 1. ed. Espanha: Civitas, 1997, p. 95.
[844] Ibidem, p. 98.
[845] ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Trad. Ana Paula dos Santos; Luís Natscheradetz. 3. ed. Lisboa: Vega, 2004, p. 26.

reprimenda deve ser a culpabilidade do apenado[846]. Embora Claus Roxin assuma se tratar um elemento decisivo da teoria da retribuição[847], argumenta que, em sua construção, o princípio da culpabilidade tem uma função liberal totalmente independente das teorias por ele rejeitadas[848].

Analisando cada uma das esferas de atividade estatal (cominação legal, aplicação da pena e execução), Claus Roxin aduz que a finalidade da pena na fase de cominação legal é a prevenção geral, não havendo que se falar em pura intimidação ou ameaça, mas sim no estabelecimento, pelo Direito Penal, de uma ordem protetora e obrigatória para todos os cidadãos, "garantindo-lhes os bens jurídicos necessários para a sua existência e indicando-lhes quais as atividades que eles devem omitir sob a ameaça da pena"[849]. Dessa forma, informando a todos o âmbito do proibido, inclusive os que não precisam ser intimidados, é fortalecida a consciência jurídica e cumprido o princípio da reserva legal, conforme analisa Gustavo Octaviano Diniz Junqueira[850].

Prosseguindo, Claus Roxin dedica especial atenção à fase de aplicação da pena. Afirma o autor que nesse momento é preciso ter em consideração a prevenção geral e a prevenção especial[851]. Considerando as já mencionadas objeções à instrumentalização do ser humano que costumam ser colocadas diante das teorias preventivas, Claus Roxin assevera que o indivíduo, enquanto titular do poder estatal, não pode ser convertido em meio de intimidação ou em qualquer outro instrumento, de modo que a pena só se justifica se houver harmonia entre a autonomia da personalidade do apenado e a necessidade da reprimenda para a comunidade jurídica[852], afirmando expressamente: "o fim da prevenção geral da punição apenas se pode conseguir na culpa individual"[853]. É que, conforme o autor, embora a culpa

---

[846] ROXIN, Claus. *Derecho penal – parte general, tomo I, fundamentos. La estructura de la teoria del delito*. Tradução: Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díazy García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 1. ed. Espanha: Civitas, 1997, p. 103.
[847] Ibidem, p. 99.
[848] Ibidem, p. 100.
[849] Raciocínio exposto em: ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Trad. Ana Paula dos Santos; Luís Natscheradetz. 3. ed. Lisboa: Vega, 2004, p. 32.
[850] JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri/SP: Manole, 2004, p. 105.
[851] ROXIN, Claus. *Derecho penal – parte general, tomo I, fundamentos. La estructura de la teoria del delito*. Tradução: Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díazy García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 1. ed. Espanha: Civitas, 1997, p. 97.
[852] ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Trad. Ana Paula dos Santos; Luís Natscheradetz. 3. ed. Lisboa: Vega, 2004, p. 34.
[853] Ibidem, p. 37.

seja inadequada para fundamentar a pena, serve para limitá-la[854]. Como tivemos a oportunidade de destacar, Claus Roxin critica a justificação da sanção penal com fundamento na compensação da culpa pois ela partiria de uma premissa indemonstrável, que é o livre arbítrio[855], mas enfrenta essa objeção alegando, em síntese, que "há uma diferença fundamental entre utilizar a ideia de culpa para colocar o particular à mercê do poder do Estado, e empregá-la para o preservar do abuso do referido poder"[856].

A fase de aplicação da pena deve considerar a prevenção geral pois a cominação legal "ficaria reduzida a nada se não existisse realidade alguma por detrás dela"[857], relembrando o raciocínio de Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach. Nessa linha, como já destacamos, acrescenta que se um roubo fosse ignorado pela comunidade jurídica, qualquer pessoa poderia alegar a possibilidade de roubar, ao menos uma vez, sem ser punido por isso, tornando ineficaz a própria ordem jurídica em determinado prazo[858]. Ao lado da prevenção geral, contudo, a aplicação da pena deve considerar a prevenção especial, pois a influência sobre o particular também é um meio legítimo para prevenir crimes[859], desde que se respeite a autonomia da personalidade[860].

Por fim, na fase de execução da pena, sustenta Claus Roxin que a prevenção especial seria preponderante em relação à prevenção geral[861], embora reconheça a impossibilidade de obrigar uma adaptação forçada da personalidade, somente sendo possível buscar a ressocialização se isso for do interesse do apenado[862]. A execução da pena, assim, estaria justificada pela necessidade de prevenção geral, mesmo que a finalidade de prevenção especial não pudesse ser alcançada[863]. Não obstante, por mais que seja apta a justificar sozinha a necessidade da pena, a prevenção geral é colocada em segundo plano nessa etapa, pois prepondera a finalidade de prevenção

---

854 ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Trad. Ana Paula dos Santos; Luís Natscheradetz. 3. ed. Lisboa: Vega, 2004, p. 35.
855 Ibidem, p. 18.
856 Ibidem, pp. 36-37.
857 Ibidem, p. 32.
858 Ibidem, p. 33.
859 Ibidem, p. 33.
860 Ibidem, p. 40.
861 Idem. *Derecho penal – parte general, tomo I, fundamentos. La estructura de la teoria del delito*. Tradução: Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díazy García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 1. ed. Espanha: Civitas, 1997, p. 97.
862 Ibidem, pp. 95-96.
863 Ibidem, p. 96.

especial. Em primeiro lugar, a ressocialização seria um imperativo constitucional que não poderia ser desobedecido se for possível o seu cumprimento[864]. Em segundo lugar, enquanto a preferência pela prevenção especial não exclui os efeitos preventivo-gerais da pena, sendo certo que até mesmo uma pena atenuada abaixo da culpabilidade atua de forma preventivo-geral, a primazia da prevenção geral ameaça frustrar a finalidade de prevenção especial[865].

Como se vê, a prevenção especial, embora preponderante, é limitada pela prevenção geral, na medida em que se admite a atenuação da pena abaixo do limite da culpabilidade em virtude de finalidades preventivo-especiais até o ponto mínimo em que a sanção permaneça estimulando a confiança da comunidade no ordenamento jurídico, ou seja, até o ponto em que é levada à sério[866]. Possível afirmar, portanto, que a aplicação da pena tem seu limite máximo pautado pela culpabilidade e limite mínimo pautado nas necessidades de prevenção geral, uma vez que é preciso assegurar a eficácia das cominações legais, ainda que isso importe em uma menor possibilidade de obter êxito na ressocialização do apenado[867].

Jorge de Figueiredo Dias critica a teoria de Claus Roxin em virtude de ela considerar a culpa como fundamento e limite intransponível da pena, estabelecendo uma espécie de "moldura de culpa" para a sua fixação, na qual as finalidades de prevenção geral e especial serviriam como "correctores da fundamental correspondência entre pena e culpa"[868]. Assim, a proposta de Claus Roxin nada mais seria, conforme Jorge de Figueiredo Dias, do que um retorno disfarçado e inadmissível à teoria da retribuição[869].

A formulação mista dialética de Jorge de Figueiredo Dias tem como base irrenunciável a ideia de que só se pode atribuir finalidades preventivas à pena, jamais retributivas[870]. Como Claus Roxin, Jorge de Figueiredo Dias defende que a atuação

---

[864] ROXIN, Claus. *Derecho penal – parte general, tomo I, fundamentos. La estructura de la teoria del delito*. Tradução: Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díazy García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 1. ed. Espanha: Civitas, p. 97.
[865] Raciocínio extraído de: ROXIN, Claus. *Derecho penal – parte general, tomo I, fundamentos. La estructura de la teoria del delito*. Tradução: Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díazy García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 1. ed. Espanha: Civitas, 1997, p. 97.
[866] Raciocínio extraído de: ROXIN, Claus. *Derecho penal – parte general, tomo I, fundamentos. La estructura de la teoria del delito*. Tradução: Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díazy García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 1. ed. Espanha: Civitas, 1997, p. 97.
[867] ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Trad. Ana Paula dos Santos; Luís Natscheradetz. 3. ed. Lisboa: Vega, 2004, p. 41.
[868] DIAS, Jorge de Figueiredo, op. cit., p. 87.
[869] Ibidem, pp. 87-88.
[870] Ibidem, p. 104.

do Direito Penal deve ser subsidiária, de modo a privar de cada pessoa o mínimo de seus direitos, garantias e liberdades para o funcionamento da sociedade e a preservação de bens jurídicos essenciais, permitindo, tanto quanto seja possível, a realização livre da personalidade de cada um enquanto pessoa e membro da comunidade[871]. A finalidade primária da pena em sua construção, que serve como ponto de partida para a solução de conflitos com as demais finalidades preventivas, é a prevenção geral positiva[872]. Pode ser sintetizada como o "restabelecimento da paz jurídica comunitária abalada pelo crime", ou seja, "a tutela necessária dos bens jurídico-penais no caso concreto" sob o viés prospectivo[873].

No tocante à medida da pena, considerando a culpa como o seu "limite inultrapassável de todas e quaisquer considerações ou exigências preventivas"[874], argumenta Jorge de Figueiredo Dias que haveria uma espécie de medida ótima de tutela de bens jurídicos pautada pela finalidade de prevenção geral positiva, mas ela não seria capaz de oferecer uma quantidade exata de pena[875]. Embora abaixo dessa medida ótima ainda existam outros pontos em que a tutela necessária dos bens jurídicos permanece efetiva, há um "limiar mínimo", que Jorge de Figueiredo Dias chama de "defesa do ordenamento jurídico", que não pode ser violado, sob pena de colocar em risco a referida tutela[876]. Por outro lado, essa medida ótima também não pode ser excedida por questões relacionadas à prevenção especial, afirmando o autor que a prevenção geral positiva oferece uma "moldura de prevenção" – não uma moldura de culpa, como propusera Claus Roxin[877] – dentro da qual "podem e devem atuar considerações de prevenção especial"[878].

Aprofundando a moldura de prevenção, Jorge de Figueiredo Dias afirma que ela teria como limite máximo o ponto ótimo e limite mínimo a defesa do ordenamento jurídico, sendo a medida da pena finalmente determinada por questões afetas à prevenção especial, seja ela positiva ou negativa[879]. Considerando a necessidade de socialização como o critério determinante em termos de prevenção especial, o autor afirma que, se o apenado não demonstrar necessidade de ser socializado, a pena terá

[871] Raciocínio contido em: DIAS, Jorge de Figueiredo, op. cit., p. 104.
[872] Ibidem, p. 107.
[873] Raciocínio contido em: DIAS, Jorge de Figueiredo, op. cit., pp. 105-106.
[874] Ibidem, p. 109.
[875] Ibidem, p. 107.
[876] Ibidem, p. 107.
[877] Ibidem, p. 87.
[878] Raciocínio contido em: DIAS, Jorge de Figueiredo, op. cit., p. 107.
[879] Ibidem, p. 108.

a função preventivo-especial de advertência e será fixada no ponto mínimo, ao passo que se não for possível esperar que o indivíduo possa ser socializado – sendo ele incorrigível, conforme o autor –, a pena terá a função preventivo-especial de intimidação individual ou inocuização (prevenção especial negativa)[880].

Gustavo Octaviano Diniz Junqueira critica a formulação de Jorge de Figueiredo Dias em razão de o autor apostar em finalidades preventivas para estruturar a sua teoria, importando os seus defeitos e consequências, além de legitimar a instrumentalização do ser humano, elegendo-o como exemplo dentro de certos limites[881]. Ademais, haveria o perigo dos anseios preventivos não conseguirem ser freados pelo "recurso ao incerto limite da culpabilidade, já absolutamente desvinculado de uma ideia retributiva, e esvaziado de importância na fundamentação e finalidade da pena"[882]. Por fim, forçoso notar, como também faz Gustavo Octaviano Diniz Junqueira, que, se diante do conflito entre a necessidade de prevenção e a culpabilidade prevalece a culpabilidade como limite máximo da pena, então a teoria de Jorge de Figueiredo Dias também teria na retribuição a sua finalidade preponderante, ainda que essa seja justamente a sua crítica à teoria de Claus Roxin[883].

A teoria mista da pena de Andrew von Hirsch (teoria da pena merecida[884]) parte de premissa diversa das anteriormente apresentadas. Porém, antes de examiná-la propriamente, cumpre traçar brevemente o contexto em que é formulada. Conforme Patricia Vanzolini, a teoria do merecimento cunhada por Andrew von Hirsch tem sua primeira exposição na obra "Doing Justice", publicada em 1976, nos Estados Unidos, quando reinava a ideologia reabilitadora e as consequentes penas indeterminadas que marcam o movimento da Nova Penologia[885]. Andrew von Hirsch busca conter o arbítrio estatal e combater a crise oriunda da indeterminação das penas, de modo que "propõe um retorno ao paradigma da proporcionalidade entre o delito e a pena e das sentenças legalmente determinadas"[886].

---

[880] DIAS, Jorge de Figueiredo, op. cit., pp. 108-109.
[881] JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri/SP: Manole, 2004, p. 110.
[882] Ibidem, p. 110.
[883] Ibidem, p. 139.
[884] VANZOLINI, Patricia. *Teoria da pena: sacrifício, vingança e direito penal*. São Paulo: Tirant lo Blanch: 2019, p. 79.
[885] Ibidem, pp. 76-77.
[886] Ibidem, pp. 76-77.

Como tivemos a oportunidade de destacar, a função reprobatória tem primazia na construção de Andrew von Hirsch acerca da justificação para o castigo[887], devendo existir uma relação de proporcionalidade[888] entre a severidade da pena e o grau de reprovabilidade da conduta[889] ou gravidade do delito[890]. O autor desenvolve o conceito de "estandartes de vida"[891] ("alguém tem um bom estandarte de vida se tem a saúde e os meios que as pessoas normalmente usam para viver bem" – tradução nossa)[892] e o eleva à posição de critério para determinar a gravidade do delito. Uma vez definida, é possível alcançar a severidade da pena correspondente, já que a relação entre ambos deve ser proporcional (grande preocupação do raciocínio do autor[893]), seguindo dois vetores: a proporcionalidade ordinal, que determina a escala de intensidade de severidade das penas por comparação entre crimes[894], e a proporcionalidade cardinal, que fixa o mínimo e o máximo da escala penal após ter sido determinado o grau de severidade em que se encontra[895].

Prosseguindo, no raciocínio de Andrew von Hirsch a pena expressa uma censura, cuja relevância é de ordem moral[896]. Com a censura, em primeiro lugar, a vítima é considerada, pois não seria suficiente reconhecer que a lesão ocorreu e simplesmente ser empático, como seria o caso de um desastre natural: quando aplicada ao autor do crime, a censura torna explícito e reconhecido que a lesão ocorreu pela culpa de alguém por uma mensagem de reprovação[897]. Também o autor

---

[887] VON HIRSCH, Andrew, op. cit., p. 41.
[888] Ibidem, p. 40.
[889] Ibidem, p. 42.
[890] Ibidem, p. 61.
[891] No original: "estándar de vida". Se trata de um conceito que se refere aos meios e capacidades que normalmente tornam possíveis uma boa qualidade de vida e bem-estar, sejam eles materiais, como a moradia e os econômicos, ou imateriais, como a saúde e a intimidade. O conceito, como destacado, é o responsável por indicar o grau de reprovabilidade da conduta ou da gravidade do delito. Em resumo oferecido pelo próprio autor, a técnica para analisar o estandarte de vida em cada caso se resume a distinguir os interesses que costumam ser afetados por aquele delito (integridade física, meios materiais, e privacidade, por exemplo) e, após tê-los identificado, valorar a sua importância levando em consideração seu significado normal para o estandarte de vida de uma pessoa (VON HIRSCH, Andrew, op. cit., pp. 63-64).
[892] No original: "alguien tiene un buen estándar de vida si tiene la salud y los medios que la gente normalmente usa para vivir bien" (VON HIRSCH, Andrew, op. cit., p. 63).
[893] VANZOLINI, Patricia. *Teoria da pena: sacrifício, vingança e direito penal*. São Paulo: Tirant lo Blanch: 2019, p. 77.
[894] Andrew von Hirsch sugere, assim, quatro níveis de "estandartes de vida" em ordem decrescente de relevância para orientar a proporcionalidade ordinal: (i) subsistência, (ii) bem-estar mínimo, (iii) bem-estar adequado, e (iv) bem-estar intenso (VON HIRSCH, Andrew, op. cit., p. 65).
[895] BOZZA, Fabio; ZILIO, Jackson, op. cit., p. 35; VON HIRSCH, Andrew. *Censurar y castigar*. Trad. Elena Larrauri. Madrid: Trotta, 1998, pp. 43-46.
[896] VON HIRSCH, Andrew, op. cit., pp. 35-36.
[897] Ibidem, p. 36.

do crime é considerado por meio da censura, pois a ele é dirigida uma mensagem de reprovação ligada à sua conduta lesiva, se esperando alguma resposta moral de sua parte enquanto pessoa capaz de compreender seus atos, como, por exemplo, uma demonstração de preocupação ou um reconhecimento do dano causado[898], mas não pretende evocar sentimentos: busca tão somente expressar a avaliação negativa da sociedade diante da conduta praticada pelo autor do crime enquanto agente moral capaz de compreender seus atos[899], tratando-o como uma pessoa, e não como um tigre ou outra criatura[900]. Por fim, a censura contida na pena se dirige a terceiros e expressa a mensagem de que aquela conduta é repreensível e deve ser evitada por ser danosa, fornecendo razões para desistir da sua prática[901]. Segundo Andrew von Hirsch, portanto, a censura deve ser compreendida como uma desaprovação moral[902], um "apelo à capacidade do autor valorar moralmente sua conduta" (tradução nossa)[903].

Em que pese o nítido caráter retributivo conferido à pena no raciocínio de Andrew von Hirsch, diante da preocupação de assegurar a proporcionalidade entre severidade do castigo, gravidade do delito e reprovabilidade da conduta, o autor ressalva que o Direito Penal tem traços preventivos em seu desenho e, assim, teria uma finalidade preventivo-geral de fornecer, não somente no momento da aplicação, mas desde a cominação legal, censuras implícitas que desencorajam os indivíduos a praticar crimes, o que configuraria um desincentivo moral e prudencial para resistir à essa tentação criminosa[904]. A retribuição, ressaltamos, tem primazia diante da prevenção, pois a sanção necessita de uma carga de reprovação e censura ligada ao grau de severidade da pena e à gravidade do comportamento delitivo[905] (uma sanção não pode expressar censuras díspares para condutas idênticas, nem pode expressar uma censura maior para um crime um crime menos grave). A punição que se pretende tão somente utilitária ou preventiva, desconectando-se da censura que deve expressar, perde a necessária proporcionalidade com o sofrimento do castigo e, além

[898] VON HIRSCH, Andrew, op. cit., pp. 36-38.
[899] Ibidem, p. 36.
[900] Ibidem, p. 40.
[901] Ibidem, p. 37.
[902] Ibidem, p. 55.
[903] No original: "una apelación a la capacidad del autor para valorar moralmente su conduta" (VON HIRSCH, Andrew, op. cit., p. 56)
[904] Ibidem, p. 39.
[905] Raciocínio exposto em: VON HIRSCH, Andrew, op. cit., pp. 43-45.

disso, não trata o autor do crime como um agente moral, mas, sim, como um animal: é controle de tigres, conforme o autor[906].

A teoria de Andrew von Hirsch almeja reduzir o impacto do Direito Penal e, sem dúvidas, um possível ganho de sua construção em relação às consagradas teorias absolutas ou retributivas – e reflexo de sua preocupação com a expansão do Direito Penal – é a possibilidade, por exemplo, de a pena não ser aplicada caso se revele desnecessária por razões preventivas[907], o que é inadmissível nos raciocínios kantiano e hegeliano. Contudo, como observa Patricia Vanzolini, a teoria de Andrew von Hirsch padece da mesma dificuldade dos demais discursos retributivos: a dificuldade de fundamentação, não sendo apta a responder de forma satisfatória às perguntas "por que se deve reprovar?" e "por que se deve fazê-lo com a pena?"[908]. A inaptidão do pensamento retributivo para oferecer tais respostas obrigou Andrew von Hirsch a buscar auxílio na finalidade preventivo-geral anteriormente mencionada, conforme Patricia Vanzolini[909]. Longe de solucionar a crise, todavia, a combinação de justificativas retributivas e preventivas causa novos problemas, entre os quais a dificuldade de conciliar a pretendida proporcionalidade entre conduta e sanção com a necessidade de prevenção, carecendo, portanto, de "uma fundamentação autônoma e consistente e que prescinda do recurso à consecução de questionáveis objetivos morais ou normativos de caráter preventivo"[910].

A crítica de Patricia Vanzolini à teoria mista dialética de Claus Roxin também é aplicável às demais construções apresentadas: ao englobar finalidades oriundas de sistemas jusfilosóficos diversos, o que já é cientificamente questionável[911], não são superados os defeitos que elas, isoladas, apresentavam, mas tão somente potencializados, maximizando os riscos de descontrole e ingerência estatal[912], ainda que se afirme a existência de uma finalidade preponderante. Possível relembrar, portanto, a crítica de Eugenio Raúl Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar, quando afirmam que a combinação de finalidades é muito mais autoritária do

---

[906] Raciocínio exposto em: VON HIRSCH, Andrew. *Censurar y castigar*. Trad. Elena Larrauri. Madrid: Trotta, 1998, pp. 43-45.
[907] Ibidem, p. 41.
[908] VANZOLINI, Patricia. *Teoria da pena: sacrifício, vingança e direito penal*. São Paulo: Tirant lo Blanch: 2019, p. 79.
[909] Ibidem, p. 80.
[910] Ibidem, p. 80.
[911] Ibidem, p. 88.
[912] Ibidem, p. 90.

que a opção por uma teoria pura, pois se torna possível criar soluções *ad hoc* a partir dos vários discursos disponíveis, sem que haja qualquer segurança jurídica, o que representa "uma entrega do Direito Penal à arbitrariedade e da consequente renúncia à sua função mais importante"[913].

Além disso, como percebem Fabio Bozza e Jackson Zilio, embora busquem legitimar a pena estatal e compatibilizá-la com o Estado Democrático de Direito, permanece nessas teorias o silêncio sobre os efeitos deletérios da criminalização secundária[914] a partir da constatação da seletividade ínsita ao sistema penal[915]. A consequência, desse modo, é a relegitimação de um Direito Penal simbólico inconciliável com o Estado Democrático de Direito, pois segue buscando "a sua estabilidade ao custo de pessoas selecionadas pela sua maior vulnerabilidade frente ao sistema penal"[916], em que pese a intenção reducionista[917] de Andrew von Hirsch.

É em razão dessas críticas, somadas às realizadas individualmente em face das teorias retributivas e preventivas da pena, que se conclui pela insuficiência e ilegitimidade das teorias mistas da pena no Estado Democrático de Direito.

---

[913] ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al*. *Direito Penal brasileiro: primeiro volume – Teoria geral do Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 141.
[914] Criminalização primária pode ser definida como "o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas", ao passo que a criminalização secundária seria "a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas", cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al*. *Direito Penal brasileiro: primeiro volume – Teoria geral do Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 43.
[915] BOZZA, Fabio; ZILIO, Jackson, op. cit., p. 139.
[916] Ibidem, p. 139.
[917] VANZOLINI, Patricia. *Teoria da pena: sacrifício, vingança e direito penal*. São Paulo: Tirant lo Blanch: 2019, p. 78.

5. Discurso jurídico-penal e a operacionalidade da pena privativa de liberdade no Brasil.

Apresentamos as teorias legitimadoras da pena para identificar, neste momento, a finalidade da pena adotada em discurso pelo ordenamento jurídico brasileiro – etapa determinante para o exame de racionalidade do discurso jurídico-penal pátrio e da consequente legitimidade do sistema penal.

Como destacamos no primeiro capítulo, o que confere racionalidade ao discurso jurídico-penal, na formulação de Eugenio Raúl Zaffaroni[918], é a combinação da sua coerência interna[919] com o seu valor de verdade quanto à operatividade social[920]. Portanto, a identificação da finalidade da pena adotada em discurso pelo Brasil é apenas o primeiro passo para o exame de racionalidade que realizado ao final deste trabalho.

O presente capítulo também demonstra como o ordenamento jurídico brasileiro planifica[921] ou prevê as condições de cumprimento da pena privativa de liberdade (parte integrante do discurso jurídico-penal pretensamente racional) e, igualmente, realiza um diagnóstico do sistema prisional do Brasil na prática, pois "a projeção social efetiva da planificação explicitada no discurso jurídico-penal deve ser minimamente verdadeira, ou seja, deve realizar-se em alguma medida"[922]. Em outros termos, para que seja socialmente verdadeiro, o discurso jurídico-penal deve apresentar uma "adequação operativa mínima conforme a planificação"[923], sendo esse o motivo pelo qual trabalhamos com dados empíricos.

---

[918] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Trad. Vania Romero Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. 5. ed, 6. reimp. Rio de Janeiro: Revan, 2018, p. 16.

[919] Se materializa tanto na ausência de contradição entre seus enunciados, como na ausência de contradição com o ordenamento constitucional e os documentos produzidos pela comunidade jurídica internacional em matéria de direitos humanos[919] – do que deriva a necessária consideração do homem como pessoa capaz de se determinar em conformidade com um sentido (Ibidem pp. 16/17).

[920] Pode ser definida como a possibilidade de concretização do discurso em questão, sendo tão essencial à racionalidade do discurso jurídico-penal quanto a coerência interna. Demanda-se a satisfação de dois níveis para que o discurso seja socialmente verdadeiro: o abstrato (os postulados e enunciados criminalizantes devem ser adequados à obtenção dos fins pretendidos – adequação do meio ao fim), e o concreto (os grupos humanos que integram o sistema penal efetivamente devem agir de acordo com os postulados e enunciados constantes do discurso jurídico-penal – adequação mínima conforme planificação) (Ibidem, pp. 18-19.)

[921] Informa o que deve ser.

[922] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit., p. 18.

[923] Ibidem, p. 19.

5.1. A(s) finalidade(s) da pena no ordenamento jurídico brasileiro.

Embora a doutrina majoritária, segundo Gustavo Octaviano Diniz Junqueira e Patricia Vanzolini, se posicione no sentido de que o Brasil adota a teoria mista aditiva[924], não há no ordenamento constitucional ou infraconstitucional uma delimitação clara e precisa acerca da finalidade da pena.

A Constituição Federal veda expressamente em seu artigo 5º a pena de morte, as penas de caráter perpétuo, as penas de trabalhos forçados, as penas de banimento e as penas cruéis (inciso XLVII), além de assegurar aos presos o respeito à integridade física e moral (inciso XLIX), a individualização da pena (XLVI) e a impossibilidade de a reprimenda passar da pessoa do condenado (XLV), como apontamos no primeiro capítulo. Todavia, como observa Alamiro Velludo Salvador Netto, é preciso reconhecer que "os dispositivos constitucionais destinam-se mais a conter excessos ou modalidades inaceitáveis de penas do que em postular de modo assertivo quais devem ser as reais finalidades alcançadas com as sanções"[925].

Nos diplomas infraconstitucionais é possível detectar um direcionamento maior, porém ainda insuficiente, para afirmar, com segurança, a finalidade da pena adotada em discurso no Brasil. O artigo 59 do Código Penal estabelece que o juiz deverá fixar a pena "conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime". Também no Código Penal, o artigo 33, §2º prevê o sistema de progressão de regime do cumprimento de pena, a indicar a preocupação do legislador com o retorno gradual do apenado ao convívio social. No que diz respeito à Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), o artigo 1º estabelece que a execução penal tem por objetivo "efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado". Convém destacar, inclusive, o artigo 10 da Lei de Execução Penal, que informa ser a assistência ao preso um dever do Estado, "objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade". Há outros dispositivos nesse mesmo diploma legislativo que demonstram a intenção do legislador de propiciar a integração social do apenado e do egresso, como o artigo 22 – "a assistência social tem por finalidade

---

924 JUNQUEIRA, Gustavo. VANZOLINI, Patrícia. *Manual de direito penal: parte geral*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 529.

925 SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Finalidades da pena, conceito material de delito e sistema penal integral*. 2008. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2008, p. 200. doi: 10.11606/T.2.2008.tde-1702209-160214.

amparar o preso e o internado e prepará-los para o retorno à liberdade" –, e o artigo 25, inciso I – "a assistência ao egresso consiste na orientação e apoio para reintegrá-lo à vida em liberdade". Não obstante, como pontua Alamiro Velludo Salvador Netto, a Lei de Execução Penal também positiva o Regime Disciplinar Diferenciado, que tem nítido caráter preventivo-especial negativo, o que revela uma antinomia no próprio diploma legislativo[926].

É possível afirmar que o ordenamento jurídico brasileiro estabelece a prevenção especial positiva como uma das finalidades da pena, como se depreende especialmente da Lei de Execução Penal. Contudo, a imprecisa redação do artigo 59 do Código Penal, que impõe a fixação da pena "conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime", não permite uma conclusão inconteste acerca da espécie de prevenção a ser buscada pela pena ou do significado do termo "reprovação".

A doutrina majoritária, como mencionamos, se posiciona no sentido de que o Brasil adota a teoria mista aditiva[927]. Embora críticos à opção eleita pelo ordenamento jurídico brasileiro[928], Gustavo Octaviano Diniz Junqueira e Patricia Vanzolini afirmam que essa é a conclusão que se extrai da letra do artigo 59 do Código Penal, quando se afirma que a pena busca reprovar (retribuir, portanto), e prevenir[929]. Eugenio Raúl Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar[930] também criticam a opção e se posicionam no mesmo sentido, assim como Juarez Cirino dos Santos[931]. Segundo Celso Delmanto, Roberto Delmanto, Roberto Delmanto Junior e Fabio Machado de Almeida Delmanto, o legislador atribuiu à pena as finalidades de retribuição, prevenção especial e prevenção geral[932], do que também se depreende a adoção da teoria mista aditiva. Para Edgard Magalhães Noronha, "o binômio

---

926 SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Finalidades da pena, conceito material de delito e sistema penal integral*. 2008. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2008, p. 206. doi: 10.11606/T.2.2008.tde-1702209-160214.

927 JUNQUEIRA, Gustavo. VANZOLINI, Patrícia. *Manual de direito penal: parte geral*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 529.

928 As críticas dos autores são as apontadas no capítulo anterior, quando apresentamos a teoria mista aditiva.

929 Ibidem, p. 529.

930 ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al*. *Direito Penal brasileiro: primeiro volume – Teoria geral do Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 140.

931 O autor afirma que o Código Penal adota a teoria da retribuição e todas as teorias da prevenção - prevenção geral positiva e negativa; prevenção especial positiva e negativa (SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008, p. 471).

932 DELMANTO, Celso et al. *Código penal comentado*. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2022, p. 224.

'retribuição e prevenção' explica a pena"[933] e, no mister de Francisco Assis de Toledo, a pena não se justifica por fins exclusivamente retributivos, não podendo ser uma pena-compensação do mal pelo mal, já que também deve "apresentar-se como apta aos fins da prevenção e da preparação do infrator para o retorno ao convívio pacífico na comunidade dos homens livres"[934]. Evidente, portanto, o posicionamento majoritário da doutrina.

Em posição contrária, Oswaldo Henrique Duek Marques defende que a finalidade da pena adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro é a prevenção geral positiva "em sua versão limitada aos princípios constitucionais, de reforçar os valores contidos na norma penal"[935], observando, igualmente, que a Lei de Execução penal confere à pena uma finalidade preventivo-especial positiva que ultrapassa o programa mínimo[936]. Se destaca ainda a posição do autor ao defender que o termo "reprovação", constante do artigo 59 do Código Penal, não pode ser entendido como um sinônimo de retribuição, estando associado, na realidade, à moderna concepção de culpabilidade como medida da pena[937].

Alamiro Velludo Salvador Netto também apresenta uma leitura diversa da convencional. Criticando a indeterminação do ordenamento jurídico brasileiro sobre a matéria, o autor concorda com a doutrina majoritária no sentido de que teria sido conferido à pena um caráter retributivo, preventivo geral e preventivo especial[938]. Todavia, entende o autor que as disposições da Lei de Execução Penal permitem a conclusão de que, ao menos na fase executória, a prevenção especial assumiria o papel de finalidade preponderante da pena, não sendo podendo afirmar se ela também assumiria esse papel na fase de aplicação[939].

Concordamos com a doutrina majoritária no sentido de que o ordenamento jurídico brasileiro adota a teoria mista aditiva para orientar a finalidade da pena. Essa conclusão não é alcançada em razão de um posicionamento incontroverso do

---

933 NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal, volume 1: introdução e parte geral*. 38 ed. rev. e atual. por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 227.
934 TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 70.
935 MARQUES, Oswaldo Henrique Duek, op. cit., pp. 187-188.
936 Ibidem, p. 191.
937 Ibidem, p. 188.
938 SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Finalidades da pena, conceito material de delito e sistema penal integral*. 2008. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2008, pp. 203-205. doi: 10.11606/T.2.2008.tde-1702209-160214.
939 Ibidem, pp. 205-207.

ordenamento, mas dianta da impossibilidade de se chegar a uma resposta segura diante do emaranhado de disposições genéricas (“reprovação” e “prevenção”) e por vezes contraditórias, como destacamos (sintomático, a título de exemplo, que a Lei de Execução Penal almeje a ressocialização e traga a possibilidade de inclusão do apenado no Regime Disciplinar Diferenciado).

Apenas para fins de ilustração do problema, não é possível afirmar com segurança se a prevenção descrita pelo artigo 59 do Código Penal é de caráter geral ou especial; se diz respeito exclusivamente ao viés positivo, ou se há a pretensão de atribuir à pena o viés negativo também. Além disso, supondo se tratar da prevenção positiva, por exemplo, tampouco é possível ter certeza se a proposta é a de salvaguardar cognitivamente a vigência da norma negada ou de motivar a fidelidade ao ordenamento jurídico. Fácil perceber que não há como oferecer uma resposta exata: basta que o julgador aponte, no caso concreto, o que é necessário e suficiente para a prevenção e valore as circunstâncias judiciais a partir do seu entendimento particular.

É certo que a Constituição Federal, o Código Penal e a própria Lei de Execução Penal trazem certos limites e propostas acerca das finalidades da pena adotadas em discurso pelo ordenamento jurídico brasileiro, não sendo permitido ao julgador decidir pela pena de morte de um determinado indivíduo por razões de prevenção geral, por exemplo. O conjunto normativo, contudo, é insipiente. A falta de assertividade do ordenamento no tocante à finalidade da pena opera em favor da arbitrariedade do julgador, como percebe Gustavo Octaviano Diniz Junqueira[940], e dificulta o escrutínio do discurso jurídico-penal. Embora seguros de que essa é a posição adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, reafirmamos que a identificação da teoria mista aditiva não se deve a um posicionamento ou dispositivo explícito, mas à vagueza dos seus enunciados e da “falta de unidade sistemática”[941], que representam não só “uma debilidade teórica, mas também um perigo prático”[942].

---

[940] JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri/SP: Manole, 2004, pp. 131-133.
[941] Ibidem, p. 131.
[942] ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. 3. ed. Lisboa: Vega, 2004, pp. 17-18.

5.2. A pena privativa de liberdade.

Para que seja possível examinar a compatibilidade entre a pena privativa de liberdade na teoria e na prática, ou seja, entre a planificação e a operacionalidade, é preciso ter em vista a forma prescrita em lei para o seu cumprimento. No Brasil, a pena privativa de liberdade é executada de forma progressiva, como já tivemos a oportunidade de destacar (artigo 33, §2º, do Código Penal e artigo 112 da Lei de Execução Penal), sendo o regime fechado o mais severo e o aberto o menos rigoroso, dado que, em teoria, é o último estágio da privação de liberdade antes da soltura definitiva do apenado. Além disso, prescreve o artigo 5º, inciso XLVIII, da Constituição Federal que a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, conforme a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado[943].

Durante o cumprimento da pena privativa de liberdade deve ser assegurado, conforme a Lei de Execução Penal, a assistência material, jurídica, educacional, social, religiosa e à saúde (artigo 11), em consonância com os direitos individuais e sociais elencados no artigo 5º e 6º da Constituição Federal, bem como da dignidade da pessoa humana.

Por assistência material se compreende o fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas, sendo igualmente obrigatório que os estabelecimentos disponham de instalações que atendam às necessidades pessoais dos apenados, além de locais destinados à venda de produtos e objetos não fornecidos pela Administração, desde que por ela permitidos (artigos 12 e 13 da Lei de Execução Penal).

A assistência à saúde, como estabelece a Lei de Execução Penal, tem caráter preventivo e curativo, compreendendo o atendimento médico, farmacêutico e odontológico, não sendo demais recordar que está entre os direitos sociais, conforme o artigo 6º da Constituição Federal. A regra é que seja prestada dentro do estabelecimento, porém, excepcionalmente, quando não houver o aparelhamento para prover a assistência médica necessária, será fornecida em local diverso, mediante autorização da direção do estabelecimento (artigo 14, “caput” e §2º, da Lei de Execução Penal). A assistência à saúde também compreende o acompanhamento pré-natal e pós-parto, extensivo ao recém-nascido, sendo mandatória a existência de berçários nos estabelecimentos penais (artigo 83, §2º, da Lei de Execução Penal). É

[943] Idealmente, à redação deveria ser acrescentado o termo “gênero”, em nossa opinião, por respeito à dignidade da pessoa humana.

obrigatório, também, o tratamento humanitário durante os atos médico-hospitalares preparatórios para a realização do parto e concomitantes a ele, bem como no período de puerpério, sendo tarefa do Poder Público a promoção de assistência integral à pessoa gestante e ao recém-nascido (artigo 14, §3º e §4º, da Lei de Execução Penal[944]).

A Lei de Execução Penal dispõe que a assistência jurídica se dirige aos apenados que não tiverem recursos financeiros para constituir advogado (artigo 15 e artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal). Portanto, cabe às Unidades da Federação a tarefa de (i) fornecer, pela Defensoria Pública, serviços de assistência jurídica integral e gratuita dentro e fora dos estabelecimentos penais, bem como de (ii) prestar, à Defensoria Pública, auxílio estrutural, pessoal e material, para o exercício de suas funções, dentro e fora dos estabelecimentos penais, estando legalmente prevista a existência de local apropriado para que o Defensor Público possa atender o assistido em qualquer estabelecimento penal (artigo 16, “caput”, §1º e §2º, e artigo 83, §5º, da Lei de Execução Penal).

A assistência educacional compreende a instrução escolar e a formação profissional, conforme o artigo 17 da Lei de Execução Penal, devendo ser instaladas salas de aula destinadas aos cursos de ensino básico e profissionalizante, além de locais adequados ao estágio de estudantes universitários nos estabelecimentos penais (artigo 83, §1º e §4º, da Lei de Execução Penal). A instrução escolar referida no artigo 17 da Lei de Execução Penal contempla (i) o ensino de 1º grau, a ser integrado no sistema escolar da Unidade da Federação correspondente; (ii) o ensino médio, regular ou supletivo, com formação geral ou educação profissional de nível médio, em atenção ao preceito constitucional da universalização, conforme o artigo 208 da Constituição Federal; e (iii) o oferecimento de cursos supletivos de educação de jovens e adultos, devendo a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal incluir o atendimento aos presos e presas em seus programas de educação à distância e de utilização de novas tecnologias de ensino (artigos 18 e 18-A da Lei de Execução Penal). Além disso, a Lei de Execução Penal também determina que os estabelecimentos penais sejam dotados de bibliotecas que contenham livros instrutivos, recreativos e didáticos (artigo 21).

---

[944] Embora a Lei de Execução Penal se refira somente às mulheres, acreditamos que interpretação correta contempla não apenas as mulheres cis gênero, mas também os homens trans, pessoas não binárias e, enfim, pessoas com útero e que sejam capazes de engravidar.

A assistência social, como já tivemos a oportunidade destacar, é voltada ao amparo do preso para que ele seja preparado ao retorno à liberdade, mas também compreende a promoção da recreação no estabelecimento penal, conforme os meios disponíveis (artigos 22 e 23, inciso IV, da Lei de Execução Penal).

A assistência religiosa, por sua vez, pretende materializar a liberdade religiosa e sua assistência, previstas no artigo 5º, incisos VI, VII e VIII da Constituição Federal[945], garantindo aos presos a participação nos serviços organizados no estabelecimento penal, a posse de livros de instrução religiosa e um local apropriado para os cultos religiosos (artigo 24 da Lei de Execução Penal).

Também dispõe a Lei de Execução Penal que o trabalho do apenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva, sendo obrigatório ao indivíduo que cumpre pena privativa de liberdade na medida de suas aptidões e capacidade, sendo facultativo ao preso político (artigo 200 da Lei de Execução Penal) e ao preso provisório, que inclusive só poderá executá-lo no interior do estabelecimento (artigos 28 e 31). Sempre será remunerado, mediante tabela prévia, não podendo ser inferior a ¾ do salário-mínimo (artigo 29 da Lei de Execução Penal), e a jornada de trabalho não poderá ser inferior a 6 (seis) horas e nem superior a 8 (oito), havendo descanso nos domingos e feriados (artigo 33 da Lei de Execução Penal).

Tais disposições são, em sua grande maioria, reafirmadas enquanto direitos do apenado e do preso provisório. Esse rol também inclui, por exemplo, o direito de entrevista pessoal e reservada com o advogado; a visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados; a proteção contra qualquer forma de sensacionalismo; o direito de contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes; o chamamento nominal; e a proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, descanso e recreação (artigo 41 da Lei de Execução Penal).

Assim como são titulares de direitos, o apenado e o preso provisório possuem deveres (artigos 38 e 39 da Lei de Execução Penal), estando submetidos à um regramento disciplinar, cujo descumprimento acarreta sanções por faltas leves, médias e graves (artigos 44 até 49 da Lei de Execução Penal).

---

[945] ROIG, Rodrigo Duque Estrada, op. cit., p. 175.

É importante mencionar a existência do Regime Disciplinar Diferenciado, ou RDD, uma vez que denunciamos o seu caráter preventivo-especial negativo em meio a um sistema que diz almejar a prevenção especial positiva. Conforme o artigo 52 da Lei de Execução Penal, a prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasionar subversão da ordem e da disciplina internas, sujeitará o preso provisório, ou condenado, nacional ou estrangeiro, sem prejuízo da sanção penal, ao Regime Disciplinar Diferenciado. Cumpre ressaltar que, com o advento da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, houve uma extensão da aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado ao preso provisório, ou condenado, nacional ou estrangeiro, que apresente alto risco para a ordem e segurança do estabelecimento penal ou da sociedade, ou, alternativamente, sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, independentemente do cometimento de falta grave (artigo 52, §1º, da Lei de Execução Penal). Nessa última hipótese, inclusive, caso haja indícios de que o preso exerce liderança em organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, ou que tenha atuação criminosa em dois ou mais estados da Federação, exige-se o cumprimento do Regime Disciplinar Diferenciado em estabelecimento prisional federal com alta segurança interna e externa, em atenção à necessidade de se evitar contato do preso com membros de sua organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, ou de grupos rivais (artigo 52, §3º e §5º da Lei de Execução Penal).

O Regime Disciplinar Diferenciado tem duração máxima de dois anos, salvo se for cometida nova falta grave da mesma espécie durante esse período (artigo 52, inciso I, da Lei de Execução Penal). Todavia, caso haja indícios de que o preso (i) persiste apresentando alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal de origem ou da sociedade, ou (ii) mantém os vínculos com a organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, considerados também o perfil criminal e a função desempenhada por ele no grupo criminoso, a operação duradoura do grupo, a superveniência de novos processos criminais e os resultados do tratamento penitenciário, a Lei de Execução Penal permite a prorrogação sucessiva do Regime Disciplinar Diferenciado por períodos de um ano, indeterminadamente (artigo 52, §4º, da Lei de Execução Penal).

Além disso, o Regime Disciplinar Diferenciado será cumprido mediante o recolhimento em cela individual, sendo permitidas visitas quinzenais de duas pessoas

por vez (sejam elas da família ou terceiros autorizados judicialmente), a serem realizadas em instalações específicas que impeçam o contato físico e a passagem de objetos. A duração máxima é de duas horas, e as visitas serão monitoradas e gravadas por sistema de áudio ou sistema de áudio e vídeo, podendo ser fiscalizadas, mediante autorização judicial, por agente penitenciário (o monitoramento só será dispensado em virtude de expressa manifestação judicial em contrário ou se a visita for do defensor do preso). Se o preso não for visitado nos primeiros seis meses, será permitido, após agendamento, que ele tenha contato telefônico com uma pessoa da família duas vezes por mês, por dez minutos, que também será gravado.

Prosseguindo, o preso submetido ao Regime Disciplinar Diferenciado poderá sair da cela por duas horas diárias para banhos de sol, em grupos de até quatro pessoas, desde que não haja contato com outros indivíduos do mesmo grupo criminoso.

A correspondência terá seu conteúdo fiscalizado e, por fim, será dada preferência à participação do preso submetido ao Regime Disciplinar Diferenciado em audiências por videoconferência, garantida a participação do defensor no mesmo ambiente (artigos 52, incisos II, III, IV, V, VI e VII, §6º e §7º, da Lei de Execução Penal).

Em teoria, o Regime Disciplinar Diferenciado não é um regime de cumprimento de pena, mas uma sanção disciplinar. Ocorre que a legislação permite o cumprimento integral da pena imposta seguindo esse regramento, mesmo que o apenado sequer tenha incorrido em falta disciplinar, como demonstramos. Desse modo, percebe-se o nítido caráter de Direito Penal do autor ou do inimigo que assume o Regime Disciplinar Diferenciado – ou de “Direito Penal do provável autor”, dado que a Lei de Execução Penal não exige a comprovação do vínculo com a organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, bastando indícios –, bem como seu viés preventivo-especial negativo, uma vez que busca tão somente a neutralização e intimidação do apenado.

Antes de prosseguir com a descrição dos regimes de cumprimento de pena privativa de liberdade previstos no ordenamento jurídico brasileiro, todavia, nos importa destacar algumas disposições comuns acerca dos estabelecimentos penais em que os apenados e presos provisórios permanecem custodiados.

Em primeiro lugar, cumpre apontar que o estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com sua estrutura e finalidade, conforme análise efetuada pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (artigo 85 da Lei de Execução

Penal). Além disso, um mesmo conjunto arquitetônico pode abrigar estabelecimentos penais de destinações diversas, desde que devidamente isolados (art. 82, §2º, da Lei de Execução Penal e artigo 5º, inciso XLVIII da Constituição Federal).

Devem permanecer em estabelecimentos próprios e adequados às suas condições pessoais as mulheres (o que inclui a presença exclusiva de agentes do sexo feminino na segurança de suas dependências internas, conforme o artigo 83, §3º, da Lei de Execução Penal) e os maiores de sessenta anos, assim como os presos provisórios, que serão recolhidos em local distinto dos indivíduos condenados por sentença penal transitada em julgado (artigos 82, §1º e 84 da Lei de Execução Penal). Os presos provisórios ficarão separados entre si conforme os seguintes critérios: (i) acusados pela prática de crimes hediondos ou equiparados, (ii) acusados pela prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, (iii) acusados pela prática de outros crimes ou contravenções penais, (iv) indivíduos que, ao tempo do fato, eram funcionários da Administração da Justiça Criminal – ficarão em dependência separada (artigo 84, §1º e §2º, da Lei de Execução Penal). Os presos que ostentarem condenação definitiva, por sua vez, serão separados entre si conforme outros critérios, a saber: (i) condenados pela prática de crime hediondo ou equiparado, (ii) reincidentes condenados pela prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, (iii) primários condenados pela prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, e (iv) demais condenados (artigo 84, §3º, da Lei de Execução Penal). Por fim, o preso que tiver sua integridade física, moral ou psicológica ameaçada pela convivência com os demais presos ficará segregado em local próprio, nos termos do artigo 84, §4º, da Lei de Execução Penal.

5.2.1. Regime fechado.

A pena no regime fechado é executada em penitenciárias[946] (artigo 87 da Lei de Execução Penal), que são estabelecimentos de segurança máxima ou média, conforme o artigo 33, §1º, do Código Penal[947]. Nas penitenciárias, estabelece a Lei de

[946] A penitenciária masculina, nos termos do artigo 90 da Lei de Execução Penal, deve ser construída em local afastado do centro urbano, porém próximo o suficiente para não restringir a visitação.

[947] Em que pese a Lei de Execução Penal determinar que as Cadeias Públicas se destinam aos presos provisórios, conforme artigo 102, apontam Gustavo Octaviano Diniz Junqueira e Patricia Vanzolini que "é comum que na falta de vagas no sistema penitenciário milhares de condenados persistam presos nas Cadeias Públicas, mesmo após a condenação definitiva" (JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. VANZOLINI, Patrícia. *Manual de direito penal: parte geral*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 534).

Execução Penal que o apenado fica alojado em cela individual com área mínima de seis metros quadrados que contará dormitório, aparelho sanitário e lavatório, devendo o ambiente ser adequado à existência humana em virtude da concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico (artigo 88 da Lei de Execução Penal). Além desses requisitos, dispõe o artigo 89 da Lei de Execução Penal que as penitenciárias femininas serão dotadas de uma seção para a gestante e parturiente, bem como creche para abrigar as crianças maiores de seis meses e menores de sete anos cuja responsável estiver presa[948]. A seção e a creche referidas têm como requisitos básicos o atendimento por pessoal qualificado e um horário de funcionamento que garanta a melhor assistência à criança e sua responsável (artigo 89, incisos I e II, da Lei de Execução Penal).

Nos termos dos artigos 33 e 34 do Código Penal e artigos 33 e 36 da Lei de Execução Penal, o apenado trabalhará no período diurno e permanecerá em isolamento no período noturno. O trabalho será realizado, em regra, dentro do estabelecimento juntamente com os demais detentos, considerando as aptidões e ocupações anteriores de cada um, desde que compatíveis com a execução da pena. É possível, contudo, que seja exercido fora do estabelecimento, devendo ser adotadas as providências para evitar fugas e impor disciplina, em serviços e obras públicas da Administração Direta, Indireta ou de entidade privada (nesse último caso, se exige o consentimento do apenado antes de designá-lo para o trabalho), desde que autorizado pela direção do estabelecimento penal e que o apenado tenha aptidão, disciplina e responsabilidade, além de já ter cumprido um sexto da pena (artigos 36 e 37 da Lei de Execução Penal). Por fim, é vedado que o número de pessoas presas trabalhando na obra exceda 10% do total da equipe (artigo 36, §1º, da Lei de Execução Penal).

5.2.2. Regime semiaberto.

A pena no regime semiaberto é cumprida em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar (artigo 91 da Lei de Execução Penal). O apenado poderá ser

[948] Aqui, acreditamos ser cabível a ressalva anteriormente colocada, no sentido de que também os homens trans, bem como pessoas não binárias com útero que sejam capazes de engravidar devem ser contemplados pela legislação.

alojado em dependência coletiva[949], devendo o ambiente ser adequado à existência humana em virtude da concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico (artigo 92 da Lei de Execução Penal). As mencionadas dependências coletivas têm como requisitos básicos a seleção adequada dos presos e o respeito ao limite capacidade máxima – reiterando a dicção do artigo 85 da Lei de Execução Penal –, para que sejam atendidos os objetivos de individualização da pena (artigo 92 da Lei de Execução Penal).

O apenado deverá trabalhar durante o período diurno onde cumprir a pena, sendo admissível o trabalho externo, bem como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior (artigo 35 do Código Penal). Importante notar, conforme apontam Gustavo Octaviano Diniz Junqueira e Patricia Vanzolini, que prevalece nos Tribunais Superiores a desnecessidade do cumprimento das condições exigidas no artigo 37 da Lei de Execução Penal (autorização da direção do estabelecimento, aptidão, responsabilidade e disciplina, além do cumprimento de um sexto da pena) para que o indivíduo custodiado em regime semiaberto possa trabalhar no ambiente externo[950].

5.2.3. Regime aberto.

Segundo Cezar Roberto Bitencourt, “o maior mérito do regime aberto é manter o condenado em contato com a sua família e com a sociedade, permitindo que o mesmo leve uma vida útil e prestante”[951].

O regime aberto se baseia na disciplina e senso de responsabilidade do apenado, nos termos do artigo 36 do Código Penal. No período diurno, o apenado deverá trabalhar[952], frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada, sem vigilância, permanecendo recolhido em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado no período noturno e nos dias de folga (artigo 33, §1º, alínea “c”, do Código Penal e artigo 36, §1º, da Lei de Execução Penal).

---

[949] Cezar Roberto Bitencourt sustenta que não há previsão de isolamento durante o período noturno (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral – arts. 1º a 120*. 28. ed. São Paulo: Saraivajur, 2022, p. 645).

[950] JUNQUEIRA, Gustavo. VANZOLINI, Patrícia. *Manual de direito penal: parte geral*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 570.

[951] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral – arts. 1º a 120*. 28. ed. São Paulo: Saraivajur, 2022, p. 648.

[952] É, inclusive, requisito para o ingresso no regime (JUNQUEIRA, Gustavo. VANZOLINI, Patrícia. *Manual de direito penal: parte geral*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 571).

A casa de albergado deve se localizar em centro urbano, separado dos demais estabelecimentos penais, e não haverá obstáculos físicos contra a fuga. Conforme a Lei de Execução Penal, haverá ao menos uma casa de albergado por região e, nelas, além dos aposentos para acomodar os apenados, é obrigatória a existência de local adequado para cursos e palestras, bem como instalações para os serviços de fiscalização e orientação dos apenados (artigos 94 e 95 da Lei de Execução Penal).

Ainda, nos termos do artigo 115 da Lei de Execução Penal, o apenado em regime aberto deve permanecer no local que for designado, durante o repouso e nos dias de folga, saindo para trabalhar e retornando nos horários indicados. Além disso, não poderá se ausentar da cidade onde reside sem prévia autorização judicial e deverá comparecer a Juízo, sempre que determinado, para informar e justificar suas atividades. Possível também, conforme o referido dispositivo legal, que sejam fixadas condições especiais, havendo controvérsia, conforme Gustavo Octaviano Diniz Junqueira e Patricia Vanzolini, sobre o conteúdo dessas condições, dada a vagueza da expressão[953].

5.3. A operacionalidade da pena privativa de liberdade no Brasil.

Conforme o Banco Nacional de Monitoramento de Prisões (BNMP) do Conselho Nacional de Justiça, considerando os dados obtidos no dia 1º de novembro de 2022, há 905.445 pessoas privadas de liberdade no Brasil – considerando os presos provisórios, presos em razão de sentença penal transitada em julgado e indivíduos que cumprem medida de segurança. Há, ainda, 355.284 mandados de prisão pendentes de cumprimento, sendo 24.826 referentes a indivíduos foragidos e 330.458 a indivíduos procurados. Assim, fossem cumpridos todos os mandados de prisão, haveria 1.260.729 pessoas privadas de liberdade no Brasil[954], segundo o Conselho Nacional de Justiça.

Embora o Supremo Tribunal Federal tenha declarado que o sistema carcerário brasileiro possui como característica a “violação massiva e persistente de direitos fundamentais”[955] ao iniciar o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito

---

[953] JUNQUEIRA, Gustavo. VANZOLINI, Patrícia. *Manual de direito penal: parte geral*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 536.

[954] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Banco Nacional de Monitoramento de Prisões 2.0 (BMNP 2.0)*. Brasília, 2022. Disponível em: <https://portalbnmp.cnj.jus.br/#/estatísticas>. Acesso em 1 de nov. de 2022.

[955] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Rel. Ministro

Fundamental nº 347 em 2015, o grande público tem pouco ou nenhum interesse pelo que acontece com o indivíduo que é preso, bastando a sua segregação por longo período e que o cumprimento da pena cause intenso sofrimento. O desinteresse e ojeriza social não passam despercebidos pela classe política, que costuma trazer a pauta penitenciária para o debate quando brada pelo endurecimento da legislação penal ou pela construção de mais presídios. Inclusive, como já apontamos, é fortíssima a ideia de "menor elegibilidade" (*less eligibility*), de modo que a vida no cárcere não poderia ser melhor do que as piores condições a que um indivíduo em liberdade pode estar submetido[956], "sob pena de um bloqueio político intransponível"[957]. Soma-se a tudo isso o fato de que o Brasil é um país de dimensões continentais, de modo que o levantamento de dados em caráter nacional do sistema prisional se torna não apenas uma tarefa de baixo apelo popular, mas complexa e custosa.

Compreender o real funcionamento do sistema carcerário brasileiro, por conseguinte, é uma tarefa complexa. Não por acaso, o Conselho Nacional de Justiça, em relatório intitulado "O sistema prisional brasileiro fora da Constituição – 5 anos depois: Balanço e projeções a partir do julgamento da ADPF 347", datado de junho de 2021, destacou o seguinte sobre a dificuldade de se trabalhar com dados referentes ao sistema prisional brasileiro:

> Permanecem grandes barreiras para a obtenção de dados atualizados e confiáveis sobre o sistema prisional brasileiro, criando obstáculos para a elaboração de políticas públicas efetivas – até hoje, por exemplo, o Brasil não tem condições de apontar taxas de reincidência ou de casos de tortura. Entre as dificuldades encontradas, estão questões relativas à obtenção primária de dados (registros não-rastreáveis, notificação despadronizada, inconformidade de metodologias de preenchimento de instrumentos e de análise), periodicidade irregular de divulgação, inconsistências no comparativo de dados divulgados por fontes diferentes, uso limitado de tecnologia da informação para o processamento de dados e dificuldades de alimentação, manutenção, evolução e integração dos sistemas existentes[958].

Marco Aurélio Mello. Brasília, DF, 9 de setembro de 2015. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília - DF, 19 de fevereiro de 2016, p. 3. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308712125&ext=.pdf>. Acesso em: 3 de jun. de 2022.

[956] DE GIORGI, Alessandro. *Punishment and Political Economy*. *In*: FRANÇA, Leandro Ayres; CARLEN, Pat (eds.). *Alternative Criminologies.* New York: Routledge, 2017, pp. 42-43.

[957] JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri/SP: Manole, 2004, p. 96.

[958] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *O sistema prisional brasileiro fora da Constituição – 5 anos depois: Balanço e projeções a partir do julgamento da ADPF 347*. Brasília, 2021, p. 5. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/06/Relato%CC%81rio_ECI_1406.pdf>. Acesso em: 20 de jul. de 2022.

O quadro geral é precário. Prevalece a incerteza sobre o real estado de coisas do sistema prisional, sendo certo que a sistematização das informações tem como marcas (i) a subnotificação e até mesmo manipulação de dados (mormente quando relacionadas à violação de direitos humanos ou crimes perpetrados no interior do ambiente prisional[959]), (ii) os problemas relativos à periodicidade com que os relatórios são elaborados, (iii) a ausência de dados de fundamentais para atestar o cumprimento do programa normativo e para se estabelecer correlações de qualquer ordem, bem como (iv) a discrepância entre as metodologias adotadas.

Em que pese o cenário apontado, acreditamos na possibilidade de alcançar uma espécie de zona de certeza negativa acerca da operacionalidade da pena privativa de liberdade. Em outras palavras, é possível apontar certos pontos da planificação que certamente não se realizam. Trabalhamos essencialmente com relatórios de dados de abrangência nacional de natureza quantitativa e qualitativa acerca da estrutura do sistema prisional, todos elaborados pelos Poderes Executivo e Judiciário, em especial o "Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias"[960], o "12º Ciclo – INFOPEN"[961] e a base de dados[962], todos do SISDEPEN (Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional), referentes ao período de

---

[959] Segundo o Conselho Nacional de Justiça: "O registro de tortura e maus-tratos dentro e fora do sistema prisional é historicamente marcado pela subnotificação em razão da rotina das unidades policiais e prisionais e do alcance limitado das instâncias de controle para apuração de fatos. Também há falhas no encaminhamento adequado das denúncias, tanto pelo poder público quanto pela sociedade civil. De acordo com dados de 2019 do CNMP, em apenas 31 dos 1.398 estabelecimentos penais cadastrados houve registro interno de maus-tratos a presos, ou seja, 2,2% do total. Por outro lado, o mesmo relatório aponta que em 223 estabelecimentos penais houve registro interno de lesões corporais a pessoa presa praticado por servidores no mesmo período, ou seja, 15,9% do total de estabelecimentos" (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *O sistema prisional brasileiro fora da Constituição – 5 anos depois: Balanço e projeções a partir do julgamento da ADPF 347*. Brasília, 2021, p. 20. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/06/Relato%CC%81rio_ECI_1406.pdf>. Acesso em: 20 de jul. de 2022).

[960] BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. SISDEPEN. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – janeiro a junho de 2022*. Brasília, 2022. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiNWQ0ODM1OTQtMmQ2Ny00M2IyLTk4YmUtMTdhYzI4N2ExMWM3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 28 de nov. de 2022.

[961] BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. SISDEPEN. *12º Ciclo – INFOPEN. jan-jun 2021. Nacional*. Brasília, 2022. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiOWYwMDdlNmItMDNkOC00Y2RmLWEyNjQtMmQ0OTUwYTUwNDk5IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 19 de jul. de 2022.

[962] BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. SISDEPEN. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – janeiro a junho de 2022: base de dados*. Brasília, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios-e-manuais/bases-de-dados/bases-de-dados-1/BasedeDadosSisdepenjanjul202212ciclo.xlsx>. Acesso em: 19 de nov. de 2022.

janeiro a junho de 2022, e o “Cadastro Nacional de Inspeções nos Estabelecimentos Penais” (CNIEP)[963], do Conselho Nacional de Justiça, painel dinâmico que apresenta dados referentes a 2022. Também recorremos em segundo plano, dada a capacidade de refinamento de busca e da ampla base de dados que apresenta, ao “Sistema Prisional em Números”[964], do Conselho Nacional do Ministério Público, cuja última versão foi apresentada no 3º trimestre de 2019.

Conquanto exista um número razoável de bancos de dados provenientes de outras fontes do próprio Estado e de organizações privadas sem fins lucrativos, é preciso notar que em sua grande maioria compilam questões relevantes e dignas de trabalhos próprios como a pandemia da COVID-19 no sistema prisional (Instituto de Defesa do Direito de Defesa[965] e Pastoral Carcerária[966], por exemplo) e casos de tortura dentro do cárcere (por todos, são de imenso valor os trabalhos do Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura, cujo relatório mais recente é referente ao biênio 2020/2021[967], e da Pastoral Carcerária, que mantém canal aberto para receber denúncias sobre esses crimes), mas não costumam trazer dados globais e estruturais do sistema prisional nacional. Como ressaltamos, nem todos os relatórios trazidos são elaborados anualmente ou adotam a mesma metodologia de análise, de modo que, ao apresentar qualquer dado, sempre discriminamos sua fonte e ano de elaboração, para que sejam analisados dentro do seu contexto.

Excluindo os indivíduos sob custódia das Polícias Judiciárias, Batalhões de Polícias e Bombeiros Militares, o “Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias” do SISDEPEN (Sistema de Informações do Departamento

---

963 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Cadastro Nacional de Inspeções nos Estabelecimentos (CNIEP)*. Brasília, 2022. Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=e28debcd-15e7-4f17-ba93-9aa3ee4d3c5d&sheet=da3c5032-89ad-48d2-8d15-54eb35561278&lang=pt-BR&opt=ctxmenu,currsel>. Acesso em: 1º de nov. de 2022.

964 CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Sistema prisional em números*. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/sistema-prisional-em-numeros>. Acesso em: 22 de jul. de 2022.

965 IDDD. Instituto de Defesa do Direito de Defesa. *Dados sobre a COVID-19 no sistema prisional no 1º e 2º quadrimestres de 2020: principais resultados*. 14 de abr. de 2021. Disponível em: <https://uploads.strikinglycdn.com/files/eddad039-43b6-4678-9285-e9af2280bafb/iddd-dados-sobre-a-covid-19-no-sistema-prisional-no-1o-e-2o-quadrimestres-2.pdf>.

966 PASTORAL CARCERÁRIA. *COVID-19 nos presídios – 1 ano de pandemia. Questionário Pastoral Carcerária*. São Paulo, 19 de abr. de 2021. Disponível em: <https://carceraria.org.br/combate-e-prevencao-a-tortura/questionario-sobre-coronavirus-nas-prisoes-revela-que-situacao-no-carcere-esta-muito-pior-um-ano-apos-o-inicio-da-pandemia>.

967 BRASIL. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT). *Relatório bienal 2020/2021: a prevenção e o combate à tortura durante a pandemia*. Brasília, 2022. Disponível em: <https://mnpctbrasil.files.wordpress.com/2022/05/relatocc81rio-bienal-2020-2021-versao-final-3.pdf>.

Penitenciário Nacional)[968] referente ao período de janeiro a junho de 2022, afirma que o Brasil possui 661.915 indivíduos privados de liberdade em celas físicas do sistema estadual: 626.005 do gênero masculino e 28.699 do gênero feminino. São 1.391 estabelecimentos penais estaduais e um total de 469.076 vagas destinadas a presos por sentença penal transitada em julgado, presos provisórios e indivíduos que cumprem medida de segurança, havendo a informação expressa de que, nessa contagem, estão excluídos os indivíduos que estão sob a custódia das Polícias Judiciárias, Batalhões de Polícia e Bombeiros Militares, bem como os dados de Unidades Domiciliares. Desse total, 437.527 vagas são destinadas aos estabelecimentos penais masculinos e 31.549 são destinadas aos estabelecimentos penais femininos. Entre os estabelecimentos penais federais (penitenciárias, somente) são 1.040 vagas para 482[969] pessoas, todas do gênero masculino, divididas em 5 estabelecimentos (localizados em Brasília/DF, Campo Grande/Mato Grosso do Sul, Catanduvas/Paraná, Mossoró/Rio Grande do Norte e Porto Velho/Rondônia). O "Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias" do SISDEPEN, portanto, atesta a existência de 1.396 estabelecimentos penais no Brasil, com 470.116 vagas totais. Ao incluir os presos em regime domiciliar na contagem total de pessoas privadas de liberdade (175.528), bem como os indivíduos que estão sob custódia das Polícias Judiciárias Batalhões de Polícias e Bombeiros Militares (6.729), alcançamos o total de 837.443 indivíduos privados de liberdade ao fim do primeiro semestre de 2022[970].

---

[968] BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. SISDEPEN. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – janeiro a junho de 2022*. Brasília, 2022. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiNWQ0ODM1OTQtMmQ2Ny00M2IyLTk4YmUtMTdhYzI4N2ExMWM3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 28 de nov. de 2022.

[969] Em que pese esse número corresponder ao período de janeiro a junho de 2022, acreditamos que estaria equivocado, uma vez que a simples pesquisa pelo sítio eletrônico da Secretaria de Estado de Administração Penitenciária (SEAPE), do Distrito Federal, afirma que a Penitenciária Federal do Distrito Federal conta com 665 internos ativos, o que não apenas supera o número total de internos em penitenciárias federais segundo a base de dados do SISDEPEN, como também contradiz a informação do sistema no sentido de que haveria somente 36 internos (DISTRITO FEDERAL. Secretaria de Estado de Administração Penitenciária. *Sistema Prisional em Números*. Brasília, 2022. Disponível em: <https://seape.df.gov.br/painel/>. Acesso em 28 de nov. 2022).

[970] BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. SISDEPEN. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – janeiro a junho de 2022*. Brasília, 2022. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiNWQ0ODM1OTQtMmQ2Ny00M2IyLTk4YmUtMTdhYzI4N2ExMWM3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 28 de nov. de 2022.

O “12º Ciclo – INFOPEN”[971], elaborado a partir da mesma base de dados do “Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias”, também afirma que a população total de indivíduos privada de liberdade é de 837.443 indivíduos (sem aferir quantos estão privados de liberdade em celas físicas no sistema federal e estadual e quantos estão em prisão domiciliar). O “12º Ciclo – INFOPEN”[972] acrescenta, contudo, que existem 1.458 estabelecimentos penais no Brasil, dos quais 458 se destinam ao recolhimento de presos provisórios (384 ao gênero masculino, 35 ao gênero feminino e 39 mistos), 434 se destinam ao cumprimento de pena em regime fechado (369 ao gênero masculino, 40 ao gênero feminino e 25 mistos), 135 se destinam ao cumprimento de pena em regime semiaberto (118 ao gênero masculino, 14 ao gênero feminino e 3 mistos), 14 se destinam ao cumprimento de pena em regime aberto ou de limitação de final de semana (10 ao gênero masculino e 4 mistos), 27 se destinam ao cumprimento de medida de segurança de internação ou tratamento ambulatorial (12 ao gênero masculino, 1 ao gênero feminino e 14 mistos), 321 se destinam a diversos tipos de regime (206 ao gênero masculino, 29 ao gênero feminino e 86 mistos), 3 se destinam à realização de exames gerais e criminológico (3 ao gênero masculino), 2 operam como patronatos (1 destinado ao gênero masculino e 1 misto), 64 estão enquadrados na categoria “outros”, e 69 não tiveram a destinação informada. Considerando todos esses estabelecimentos e as vagas para prisões domiciliares com monitoramento eletrônico, haveria um total de 581.716 vagas (530.308 disponíveis ao gênero masculino e 51.408 ao gênero feminino).

O CNIEP[973], por sua vez, contabiliza 1.775 estabelecimentos penais no Brasil, porém, diferentemente do “Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias” do SISDEPEN, a contagem de estabelecimentos penais contabiliza expressamente as carceragens de Batalhões de Polícia, Bombeiros Militares, Polícias Judiciárias, desconsiderando os estabelecimentos vazios ou inativos. Assim, haveria um total de

---

971 BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. SISDEPEN. *12º Ciclo – INFOPEN. jan-jun 2022. Nacional*. Brasília, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios-e-manuais/relatorios/relatorios-analiticos/br/brasil-junho-2022.pdf>. Acesso em: 28 de nov. 2022.

972 BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. SISDEPEN. *12º Ciclo – INFOPEN. jan-jun 2022. Nacional*. Brasília, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios-e-manuais/relatorios/relatorios-analiticos/br/brasil-junho-2022.pdf>. Acesso em: 28 de nov. 2022.

973 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Cadastro Nacional de Inspeções nos Estabelecimentos (CNIEP)*. Brasília, 2022. Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=e28debcd-15e7-4f17-ba93-9aa3ee4d3c5d&sheet=da3c5032-89ad-48d2-8d15-54eb35561278&lang=pt-BR&opt=ctxmenu,currsel>. Acesso em: 1º de nov. de 2022.

472.393 vagas projetadas, das quais 438.820 são destinadas aos indivíduos do gênero masculino e 33.573 são destinadas aos indivíduos do gênero feminino.

De todo modo, em que pese as divergências, a informação a respeito do número total de vagas destinadas aos estabelecimentos penais masculinos e femininos não é de grande auxílio para compreender o sistema prisional.

Em primeiro lugar, já demonstramos que a Lei de Execução Penal determina a existência de um estabelecimento próprio, dotado de características particulares, para o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime fechado (penitenciária), semiaberto (colônia agrícola, industrial ou similar) e aberto (casa de albergado), sem olvidar das cadeias públicas, destinadas às prisões provisórias (artigo 102 da Lei de Execução Penal). Portanto, afirmar a existência de "vagas", de forma genérica, equivale a não expor a real capacidade de operação do sistema prisional.

Embora seja possível constatar a existência, conforme o "Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias" do SISDEPEN, de um déficit entre o número de vagas totais do sistema prisional estadual e o número de indivíduos privados de liberdade em celas físicas (654.704 indivíduos no sistema estadual e 469.076 vagas), merecendo destaque o fato de que o referido sistema pormenoriza o déficit considerando cada regime de cumprimento de pena e prisões provisórias (aba "Déficit/Superávit de Vagas por Regime"[974]), é preciso considerar que, sem que saibamos o número de vagas efetivamente disponibilizadas, não há como atestar a taxa de lotação em cada regime, nem para os presos provisórios. Exemplificando: um déficit de 100 vagas em um sistema de 1000 vagas representa uma lotação de 110%. Um déficit de 100 vagas em um sistema de 200 vagas representa uma lotação de 150%. Dessa forma, é possível perceber que a ausência de informação específica sobre as vagas disponibilizadas para cada regime de cumprimento de pena e para os presos provisórios inviabiliza o cálculo das taxas de lotação individualizadas, estas fundamentais à elaboração de qualquer política criminal.

Assim, ousamos afirmar que o mais importante não é saber o número total de vagas do sistema prisional, mas quantas delas são disponibilizadas aos diferentes

---

[974] BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. SISDEPEN. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – janeiro a junho de 2022*. Brasília, 2022. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiNWQ0ODM1OTQtMmQ2Ny00M2IyLTk4YmUtMTdhYzI4N2ExMWM3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 28 de nov. de 2022.

regimes de cumprimento de pena e para as prisões provisórias para o gênero masculino e feminino, pois, como destacamos, uma vaga no regime fechado para o preso do gênero masculino, por exemplo, demanda uma estrutura diferente da vaga no regime semiaberto para o preso do gênero masculino. Possui pouco valor, portanto, a informação generalizada, que pode levar a conclusões superficiais, equivalentes a ser informado, por exemplo, que há doze frutas em determinada venda após indagar quantas maçãs, abacaxis e bananas haveria ali. O indivíduo que cumpre pena privativa de liberdade em regime semiaberto não pode estar em um estabelecimento penal estruturado como penitenciária, bem como o indivíduo que cumpre pena privativa de liberdade em regime fechado não pode estar em uma cadeia pública (ainda que esteja "acomodado" em uma cadeia pública, não se pode considerar que ocupe uma "vaga").

Os diferentes estabelecimentos penais possuem estruturas e propósitos diversos, conforme expõem a Lei de Execução Penal e o Código Penal. A afirmação, desse modo, de que há vagas para o cumprimento de pena privativa de liberdade em regime fechado dentro de uma cadeia pública é não somente enganosa, pois tende a amenizar os números reais de superlotação, como também é ilegal, dado que viola a previsão normativa e, por conseguinte, o princípio da reserva legal.

Não obstante, o referido nível de rigor acerca da quantificação das vagas não faz parte dos mais atuais relatórios disponíveis no Brasil. A discriminação sobre o número vagas em cada regime de cumprimento de pena e prisões provisórias sequer é apresentada de forma direta pelo "Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias" do SISDEPEN ou pelo CNIEP. Apenas para fins de ilustração, só foi possível afirmar que os cinco estabelecimentos penais do sistema federal são penitenciárias, a partir do "Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias" do SISDEPEN, porque, além de todos eles serem chamados de "Penitenciárias", a aba "População Prisional por Estabelecimento" indica que 90,87% de sua ocupação diz respeito a presos em regime fechado, ao passo que 8,92% são presos provisórios e 0,21% cumprem medida de segurança ou tratamento ambulatorial (o que já apresenta um descompasso com a Lei de Execução Penal e o Código Penal, pois a penitenciária, via de regra, é o estabelecimento penal onde se cumpre a pena em regime fechado)[975].

[975] BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. SISDEPEN. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – janeiro a junho de 2022*. Brasília,

Ademais, no que toca o "Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias" do SISDEPEN, há uma opacidade incompatível com o dever de informação que lhe incumbe quando buscamos dados sobre os estabelecimentos penais estaduais. Embora a aba "Vagas por Gênero" afirme a existência 1.391 estabelecimentos penais, o pesquisador que tiver interesse em descobrir quais deles se destinam ao regime fechado, por exemplo, precisará acessar a aba relativa a cada estado da Federação na aba "População Prisional por Estabelecimento" e, em cada uma delas, acessar, um por um, todos os estabelecimentos listados para filtrar qual deles, ao menos a princípio, funciona como penitenciária. Soma-se a isso o fato de que as nomenclaturas adotadas são diversas e não seguem padrões, de modo que não é suficiente buscar os estabelecimentos nomeados como "Penitenciárias". Um estabelecimento destinado a abrigar presos em regime fechado pode receber o nome de "Penitenciária", "Estabelecimento Penal" ou "Complexo Público Privado" ou "APAC" (Associação de Proteção e Assistência aos Condenados), por exemplo, criando outro empecilho ao escrutínio público[976].

O CNIEP, por sua vez, apresenta os dados de forma mais direta, porém peca na precisão por não distinguir estabelecimentos masculinos e femininos, nem estaduais e federais, quando apresenta o relatório[977], sendo impossível identificar o número efetivo de vagas a partir dos dados disponibilizados.

O "12º Ciclo – INFOPEN"[978], elaborado pelo Departamento Penitenciário Nacional, afirma expressamente o número de vagas para cada regime de cumprimento de pena, discriminando quantas delas haveria para o gênero feminino e masculino em celas físicas. Ao acessar a base de dados[979] disponibilizada, contudo,

---

2022. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiNWQ0ODM1OTQtMmQ2Ny00M2IyLTk4YmUtMTdhYzI4N2ExMWM3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 28 de nov. de 2022.

976 Ibidem.

977 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Cadastro Nacional de Inspeções nos Estabelecimentos (CNIEP)*. Brasília, 2022. Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=e28debcd-15e7-4f17-ba93-9aa3ee4d3c5d&sheet=da3c5032-89ad-48d2-8d15-54eb35561278&lang=pt-BR&opt=ctxmenu,currsel>. Acesso em: 1º de nov. de 2022.

978 BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. SISDEPEN. *12º Ciclo – INFOPEN. jan-jun 2022. Nacional*. Brasília, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios-e-manuais/relatorios/relatorios-analiticos/br/brasil-junho-2022.pdf>. Acesso em: 28 de nov. 2022.

979 BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. SISDEPEN. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – janeiro a junho de 2022*. Brasília, 2022. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiNWQ0ODM1OTQtMmQ2Ny00M2IyLTk4YmUtMTdhYzI4N2E

notamos que essa informação não é de todo confiável. Afirma-se no "12º Ciclo – INFOPEN" que há 213.723 vagas destinadas aos indivíduos do gênero masculino em regime fechado, por exemplo[980]. A razão pela qual essa informação não é de todo confiável é o fato de que esse número, conforme a base de dados, corresponde ao total de vagas para o regime fechado considerando todos os estabelecimentos penais, e não apenas aqueles que, de fato, possuem a estrutura de penitenciária, como determina a Lei de Execução Penal e o Código Penal. Pela própria base de dados, por exemplo, há a opção de filtrar a destinação original de cada um dos estabelecimentos penais listados. Em que pese a evidente possibilidade de reformulação da estrutura de cada um deles com o passar do tempo, chama atenção que, ao isolar os estabelecimentos penais originalmente projetados para receber presos provisórios, a título de exemplo, haja uma "capacidade total" atual de 100.593 vagas para prisões provisórias (coluna "R"), 12.721 vagas para o regime fechado (coluna "U"), 4.354 vagas para o regime semiaberto (coluna "X") e 178 vagas para o regime aberto (coluna "AA"), havendo estabelecimentos penais que, inclusive, estariam habilitados a promover a execução dos três regimes de cumprimento de pena e a receber presos provisórios, como a "Cadeia Pública de São João do Rio do Peixe" (linha 987) e o "Cadeia Pública de Conceição" (linha 1.007). Assim, é preciso ter cautela ao se analisar as informações contidas no "12º Ciclo – INFOPEN", pois os números apontados correspondem à simples somatória da suposta capacidade de todos os estabelecimentos penais para cada regime de cumprimento de pena e prisões provisórias, sem que seja possível aferir de qual espécie de estabelecimento penal se trata.

Nenhum dos relatórios com dados recentes (SISDEPEN ou CNIEP), portanto, informa se as vagas para os regimes fechado, semiaberto, aberto e prisões provisórias são contabilizadas somente quando presentes no estabelecimento penal legalmente previsto ou se um leito em uma cadeia pública, exemplificando, é considerado uma vaga para o regime fechado de cumprimento de pena, o que violaria o princípio da reserva legal.

---

xMWM3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 28 de nov. de 2022.

[980] BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. SISDEPEN. *12º Ciclo – INFOPEN. jan-jun 2022. Nacional*. Brasília, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios-e-manuais/relatorios/relatorios-analiticos/br/brasil-junho-2022.pdf>. Acesso em: 28 de nov. 2022.

Embora divirja, em partes, dos dados do SISDEPEN e do CNIEP e não reflita o cenário mais atualizado, pois diz respeito ao terceiro trimestre de 2019, o relatório intitulado “Sistema Prisional em Números”[981], elaborado pelo Conselho Nacional do Ministério Público, dispõe de um nível de refinamento de pesquisa mais profundo e, portanto, o utilizamos na expectativa de alcançar uma resposta à dúvida colocada.

Na aba “Capacidade e Ocupação”, o Conselho Nacional do Ministério Público oferece a possibilidade de filtrar a população privada de liberdade conforme o gênero, regime da privação, tipo de estabelecimento penal e destinação do estabelecimento penal (masculino, feminino ou misto), apresentando a capacidade total e quantidade de pessoas nos parâmetros selecionados. O sistema de navegação do relatório, todavia, não é suficientemente desenvolvido a ponto de lidar com a possibilidade de que um mesmo conjunto arquitetônico comporte mais de um estabelecimento penal (o que é lícito conforme o art. 82, §2º, da Lei de Execução Penal). Isso é perceptível, por exemplo, quando efetuamos a pesquisa sobre a APAC de Sete Lagoas/MG[982] no banco de dados disponibilizado. Em que pese a referida APAC possibilitar o cumprimento de pena em regime semiaberto e fechado em seu conjunto arquitetônico, ambos em conformidade com a lei, o sistema de navegação do relatório do Conselho Nacional do Ministério Público a classifica somente como “penitenciária”, por ser o regime mais gravoso disponível, e não como “penitenciária” e “colônia agrícola, industrial ou similar”. Desse modo, as vagas efetivamente existentes para cumprimento de pena em regime semiaberto naquela localidade não são contabilizadas em “colônias agrícolas, industriais ou similares”, levando à falsa impressão de que, naquela localidade, a estrutura penitenciária seria utilizada ao arrepio da lei para o cumprimento de pena em regime semiaberto.

Mesmo diante da impossibilidade de se aferir quantas vagas haveria para cada regime de cumprimento de pena e prisões provisórias respeitando-se o estabelecimento penal definido em lei, reputamos ser importante a exposição das taxas (estimadas, dado que o conceito de vaga é indevidamente relativizado pelos relatórios) de lotação do sistema prisional.

---

[981] CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Sistema prisional em números*. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/sistema-prisional-em-numeros>. Acesso em: 22 de jul. de 2022.

[982] ASSEMBLEIA DE MINAS GERAIS. *Deputados também foram à Apac de Sete Lagoas*. 18 de setembro de 2014. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=4kt0mi-QHUQ>. Acesso em: 22 de jul. de 2022.

Como apontado, o CNIEP não fornece informações suficientemente detalhadas a ponto de possibilitar qualquer estimativa.

A versão mais recente do "Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias" do SISDEPEN – janeiro a junho de 2022 –, por sua vez, discrimina o déficit e superávit de vagas para cada regime de cumprimento de pena e para as prisões provisórias, considerando indivíduos dos gêneros masculino e feminino no sistema estadual[983] (atestando a superlotação do sistema prisional, dado que quase todas as categorias apresentam um déficit de vagas), como se nota das Tabelas 1 e 2:

Tabela 1 - Déficit de vagas no sistema prisional estadual para indivíduos do gênero masculino no primeiro semestre de 2022.

Regime fechado	100.872
Regime semiaberto	41.973
Regime aberto	6.462
Presos provisórios	41.891

Fonte: SISDEPEN - Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias referente ao período de janeiro a junho de 2022 (2022)[984].

Tabela 2 - Déficit de vagas no sistema prisional estadual para indivíduos do gênero feminino no primeiro semestre de 2022.

Regime fechado	-5.100
Regime semiaberto	658
Regime aberto	187
Presos provisórios	1.881

[983] Deixamos de abordar o sistema federal, pois, como apontado, haveria 482 indivíduos do gênero masculino em um sistema de 1.040 vagas, segundo o "Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias" do SISDEPEN (BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. SISDEPEN. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – janeiro a junho de 2022*. Brasília, 2022. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiNWQ0ODM1OTQtMmQ2Ny00M2IyLTk4YmUtMTdhYzI4N2ExMWM3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 28 de nov. de 2022).

[984] BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. SISDEPEN. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – janeiro a junho de 2022*. Brasília, 2022. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiNWQ0ODM1OTQtMmQ2Ny00M2IyLTk4YmUtMTdhYzI4N2ExMWM3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 28 de nov. de 2022.

Fonte: SISDEPEN - Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias referente ao período de janeiro a junho de 2022 (2022)[985].

Um caminho possível para identificar o número de "vagas" disponibilizado aos diferentes regimes de cumprimento de pena e prisões provisórias para o gênero masculino e feminino seria a subtração do número efetivo de presos pelo número de vagas faltantes ou sobressalentes. Os dados apresentados pelo "Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias" do SISDEPEN, contudo, não possibilitam que o façamos[986].

---

[985] BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. SISDEPEN. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – janeiro a junho de 2022*. Brasília, 2022. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiNWQ0ODM1OTQtMmQ2Ny00M2IyLTk4YmUtMTdhYzI4N2ExMWM3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 28 de nov. de 2022.

[986] As abas "População Prisional na Justiça Estadual" e "População Prisional na Justiça Federal", do "Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias" do SISDEPEN, poderiam solucionar esse cálculo, pois apontam o número de pessoas dos gêneros masculino e feminino em cada um dos regimes de cumprimento de pena, assim como os presos provisórios. O problema, contudo, exsurge do fato de que não há diferenciação, nessa aba, entre os presos em celas físicas e em prisão domiciliar. Além disso, o déficit de vagas apresentado corresponde apenas às prisões em celas físicas (expressamente excluídas as prisões domiciliares), conforme o "Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias" do SISDEPEN, sendo impossível proceder ao cruzamento de dados.

A solução, portanto, poderia advir da análise conjugada das abas "População Prisional na Justiça Estadual" e "População Prisional na Justiça Federal" com a aba "População Prisional por Estabelecimento" do "Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias" do SISDEPEN, uma vez que nesta última são apresentados (i) o número de indivíduos privados de liberdade em celas físicas e em prisão domiciliar, (ii) a quantidade de indivíduos privados de liberdade em estabelecimentos destinados aos gêneros masculinos, femininos, bem como os mistos, e, dentro desses universos, (iii) a quantidade de indivíduos presos provisórios ou em regime aberto, semiaberto e fechado. O trabalho seria tão simples quanto somar, por exemplo, a população do gênero feminino presa em celas físicas cumprindo o regime fechado e subtrair esse valor do número total de presas em regime fechado, para demonstrar a confiabilidade do cálculo. O "Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias" SISDEPEN, todavia, não cinde os gêneros quando apresenta os dados dos estabelecimentos mistos, inviabilizando o cruzamento de informações. Explicamos: Conforme o "Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias" do SISDEPEN, há 24.919 indivíduos do gênero feminino privados de liberdade em estabelecimentos penais exclusivamente femininos, dos quais 12.047 estão em regime fechado, enquanto há 595.541 indivíduos do gênero masculino privados de liberdade em estabelecimentos exclusivamente masculinos, dos quais 301.609 estão em regime fechado. Há, contudo, um universo de 34.244 pessoas presas em estabelecimentos mistos, das quais 12.709 cumprem pena em regime fechado, mas a proporção por gênero não é informada pelo "Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias" do SISDEPEN. É impossível, deste modo, afirmar quantas dessas 12.709 pessoas pertencem ao gênero feminino e quantos pertencem ao gênero masculino.

Embora possamos traçar uma estimativa da proporção entre presos do gênero masculino e feminino nos estabelecimentos mistos, considerando que a população prisional do gênero masculino corresponde a 95,92% do total da população prisional no sistema estadual em celas físicas, conforme a aba "População Prisional por Gênero" do "Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias" do SISDEPEN, nos chama atenção o fato de sermos obrigados a recorrer a estimativas para tentar identificar o número atual de vagas para presos provisórios, em regime fechado, semiaberto e aberto, sendo insuficiente tal relatório, que é pretensamente o maior, mais atualizado e mais difundido do país, para a tarefa de oferecer essas informações primárias (BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. SISDEPEN. *Levantamento Nacional de Informações*

O “12º Ciclo – INFOPEN”, do SISDEPEN, como também apontamos, apresenta o número total de indivíduos dos gêneros feminino e masculino privados de liberdade em cada regime de cumprimento de pena, bem como os cautelarmente custodiados. A subtração do número de vagas de cada um dos regimes de cumprimento de pena e prisões provisórias (considerando os gêneros masculino e feminino) pela população privada de liberdade nos leva a resultados semelhantes, mas não idênticos, aos déficits e superávits apresentados pelo “Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias” do SISDEPEN. Embora seja possível especular que a discrepância se deva ao fato de o “12º Ciclo – INFOPEN”, do SISDEPEN não distinguir os indivíduos presos em celas físicas daqueles que estão em prisão domiciliar ao apresentar o total da população privada de liberdade, não há como se afirmar de forma segura. Sem a certeza acerca do número de indivíduos privados de liberdade em celas físicas, se torna ainda menos valiosa a discriminação do número de vagas em cada regime de cumprimento de pena e prisões provisórias constante do “12º Ciclo – INFOPEN”, pois não há como considerar os indivíduos em prisão domiciliar para efetuar o cálculo da superlotação.

A única forma minimamente segura de estimar as taxas de lotação com os relatórios mais atuais, portanto, é considerar, a partir do “Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias” do SISDEPEN, somente os presos em estabelecimentos penais destinados ao gênero feminino e masculino (excluindo-se os mistos), o que corresponde a 94,77% de toda a população prisional, conforme a aba “População Prisional por Estabelecimento”, e calcular, a partir dos déficits e superávits apontados nas Tabelas 1 e 2, as taxas de lotação aproximadas. Os resultados atestam numericamente[987] a atual superlotação do sistema prisional, sobretudo no que toca a população do gênero masculino, conforme as Tabelas 3 e 4:

Penitenciárias – janeiro a junho de 2022. Brasília, 2022. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiNWQ0ODM1OTQtMmQ2Ny00M2IyLTk4YmUtMTdhYzI4N2ExMWM3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 28 de nov. de 2022).

[987] Mesmo desconsiderando o número de presos em estabelecimentos mistos diante da impossibilidade de proceder ao cálculo preciso, dada a ausência de informações do “Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias” do SISDEPEN, é possível afirmar que a inclusão dessa população somente teria o condão de atenuar ou agravar de forma sutil as taxas de lotação, por representar, conforme o SISDEPEN, 5,23% do total de indivíduos em celas físicas (BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. SISDEPEN. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – janeiro a junho de 2022*. Brasília, 2022. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiNWQ0ODM1OTQtMmQ2Ny00M2IyLTk4YmUtMTdhYzI4N2ExMWM3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 28 de nov. de 2022)

Tabela 3 - Taxa de lotação a partir da capacidade estimada de cada regime de cumprimento de pena e de vagas provisórias para o gênero masculino.

	Déficit	Número efetivo de pessoas presas	Capacidade total	Taxa de lotação aproximada
Regime fechado	100.344	301.609	201.265	149,85%
Regime semiaberto	41.973	116.716	80.756	144,53%
Regime aberto	6.462	7.724	1.262	612,04%
Presos provisórios	41.891	168.457	121.022	139,19%

Fonte: SISDEPEN - Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias referente ao período de janeiro a junho de 2022 (2022)[988].

Tabela 4 - Taxa de lotação a partir da capacidade estimada de cada regime de cumprimento de pena e de vagas provisórias para o gênero feminino.

	Déficit	Número efetivo de pessoas presas	Capacidade total	Taxa de lotação
Regime fechado	- 5.100	12.047	16.895	71,3%
Regime semiaberto	658	4.485	3.827	117,19%
Regime aberto	187	492	305	161,31%
Presos provisórios	1.881	7.889	6.008	131,3%

Fonte: SISDEPEN - Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias referente ao período de janeiro a junho de 2022 (2022)[989].

[988] BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. SISDEPEN. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – janeiro a junho de 2022*. Brasília, 2022. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiNWQ0ODM1OTQtMmQ2Ny00M2IyLTk4YmUtMTdhYzI4N2ExMWM3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 28 de nov. de 2022.

[989] BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. SISDEPEN. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – janeiro a junho de 2022*. Brasília, 2022. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiNWQ0ODM1OTQtMmQ2Ny00M2IyLTk4YmUtMTdhYzI4N2E

No tocante à superlotação, embora não informe as taxas, impende ressaltar que o CNIEP traz a informação de que, dos 1.775 estabelecimentos penais cadastrados, 977 manteriam mais indivíduos sob custódia do que o número de vagas disponíveis, estando superlotados, portanto (o que representa aproximadamente 55% dos estabelecimentos penais no Brasil)[990].

Ainda que os dados disponibilizados pelo Conselho Nacional do Ministério Público se refiram ao terceiro trimestre de 2019, o sistema de busca possibilita que estimemos as taxas de superlotação do sistema prisional à época, partindo das informações gerais sobre vagas e número de indivíduos presos provisoriamente e em cada regime de cumprimento de pena, conforme as tabelas 5 e 6:

Tabela 5 – Quantidade aproximada de vagas para cada regime de prisão; quantidade de pessoas presas e taxa de lotação – Gênero masculino.

Regime	Quantidade de vagas aproximada	Quantidade de pessoas presas	Taxa de lotação
Fechado	227.724	365.316	160,42%[991]
Semiaberto	70.466	117.384	166,58%[992]
Aberto	6.438	10.225	158,82%[993]
Provisório	108.542	192.904	177,72%

Fonte: "Sistema Prisional em Números", elaborado pelo Conselho Nacional do Ministério Público, referente ao 3º trimestre de 2019[994].

xMWM3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 28 de nov. de 2022.

[990] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Cadastro Nacional de Inspeções nos Estabelecimentos (CNIEP)*. Brasília, 2022. Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=e28debcd-15e7-4f17-ba93-9aa3ee4d3c5d&sheet=da3c5032-89ad-48d2-8d15-54eb35561278&lang=pt-BR&opt=ctxmenu,currsel>. Acesso em: 1º de nov. de 2022.

[991] A região centro-oeste disporia de 18.170 vagas para 36.966 pessoas, o que representa, em teoria, uma taxa de ocupação superior a duas pessoas por vaga (207,32%).

[992] A região nordeste disporia de 7.211 vagas para 15.098 pessoas, o que representa, em teoria, uma taxa de ocupação também superior a duas pessoas por vaga (209,37%).

[993] A região norte disporia de 677 vagas para o regime aberto e 1.828 pessoas cumprindo pena nele, o que representa, em teoria, uma taxa de ocupação de 270,01%, quase três pessoas por vaga.

[994] CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Sistema prisional em números*. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/sistema-prisional-em-numeros>. Acesso em: 22 de jul. de 2022.

Tabela 6 - Quantidade aproximada de vagas para cada regime de prisão; quantidade de indivíduos presos e taxa de lotação – Gênero feminino.

Regime	Quantidade de vagas aproximada	Quantidade de pessoas presas	Taxa de lotação
Fechado	19.248	16.589	86,19%[995]
Semiaberto	5.033	5.713	113,51%
Aberto	464	702	151,29%[996]
Provisório	7.185	10.910	151,84%[997]

Fonte: "Sistema Prisional em Números", elaborado pelo Conselho Nacional do Ministério Público, referente ao 3º trimestre de 2019[998].

Aproveitando a capacidade de refinamento de pesquisa apresentada pelo sistema de navegação do relatório "Sistema Prisional em Números", do Conselho Nacional do Ministério Público, selecionamos, para o gênero masculino, a opção "Cadeia Pública" como o tipo estabelecimento penal e, um por um, clicamos em todos os 292 (duzentos e noventa e dois) estabelecimentos denominados "Cadeias Públicas", "Carceragens", "Casas de Prisão Provisória", "Centros de Detenção Provisória", "Casas de Privação Provisória de Liberdade" e "Casas de Privação Provisória". Para o gênero feminino, fizemos o mesmo, selecionando todos os 41 (quarenta e um) estabelecimentos penais denominados "Cadeias Públicas", "Cadeias Públicas Femininas", "Centros de Detenção Provisória Feminina", "Casa de Prisão Provisória" e "Casa de Privação Provisória de Liberdade", trazendo os resultados nas tabelas 7 e 8:

[995] A única região do Brasil que estaria além de sua capacidade seria o centro-oeste, com taxa de ocupação de 101,4%, uma vez que 2.098 pessoas ocupariam 2.069 vagas (Ibidem).
[996] Imperioso destacar que, as regiões nordeste, norte e sul apresentam um deficit de vagas bastante significativo, uma vez que as taxas de ocupação seriam, à época, de 353,33%, 238,04% e 283,33%, respectivamente (Ibidem).
[997] A região nordeste apresentava uma taxa de lotação de 220,04%, pois, em teoria, 3.107 pessoas ocupavam 1.412 vagas, conforme o relatório do Conselho Nacional do Ministério Público (Ibidem).
[998] CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Sistema prisional em números*. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/sistema-prisional-em-numeros>. Acesso em: 22 de jul. de 2022.

Tabela 7 - Quantidade de pessoas cumprindo penas privativas de liberdade em estabelecimentos destinados às prisões provisórias – Gênero masculino.

Regime de cumprimento de pena	Quantidade de "vagas"[999]	Quantidade de pessoas	Taxa de lotação
Fechado	13.570	23.998	176,85%[1000]
Semiaberto	1.397	4.844	346,74%[1001]
Aberto	513	702	136,84%[1002]

Fonte: "Sistema Prisional em Números", elaborado pelo Conselho Nacional do Ministério Público, referente ao 3º trimestre de 2019[1003].

Tabela 8 - Quantidade de pessoas cumprindo penas privativas de liberdade em estabelecimentos destinados às prisões provisórias – Gênero feminino.

Regime de cumprimento de pena	Quantidade de "vagas"	Quantidade de pessoas	Taxa de lotação
Fechado	656	563	85,82%[1004]
Semiaberto	206	122	59,22%
Aberto	107	105	98,13%

[999] Optamos por deixar a palavra "vagas" entre aspas porque, como apontado, não há como se considerar, nos termos da lei, que haja vagas para o cumprimento de penas privativas de liberdade em espaços destinados às prisões provisórias.

[1000] A região centro-oeste dispunha de 899 "vagas" para 3.487 pessoas, o que representa uma taxa de ocupação de quase quatro pessoas em regime fechado para cada vaga em estabelecimento irregular conforme a Lei de Execução Penal e o Código Penal (387,88%) (CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Sistema prisional em números*. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/sistema-prisional-em-numeros>. Acesso em: 22 de julho de 2022).

[1001] Não há uma região do Brasil, conforme o relatório do Conselho Nacional do Ministério Público, que apresente uma taxa de ocupação menor do que 220% seguindo esses critérios (a região norte apresenta a taxa de 220% e a região centro-oeste, por exemplo, apresenta uma taxa de ocupação de 508,38%) (Ibidem).

[1002] É preciso destacar o fato de que, na região centro-oeste, haveria 316 pessoas ocupando as 40 "vagas" disponíveis ao regime aberto em estabelecimentos destinados às prisões provisórias, o que resulta em uma taxa de ocupação de 790% (Ibidem).

[1003] CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Sistema prisional em números*. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/sistema-prisional-em-numeros>. Acesso em: 22 de julho de 2022.

[1004] A região centro-oeste é a única que apresentava, nos termos pesquisados, um "déficit" de vagas, pois 231 pessoas ocupavam, ao menos à época, 151 "vagas" (152,98% da capacidade) (Ibidem).

Fonte: “Sistema Prisional em Números”, elaborado pelo Conselho Nacional do Ministério Público, referente ao 3º trimestre de 2019[1005].

Possível afirmar, portanto, que os bancos de dados atualmente disponibilizados não permitem que obtenhamos a mais básica informação para que seja possível proceder a uma análise do sistema prisional, que é justamente o número de vagas efetivamente oferecidas pelos diversos tipos de estabelecimentos penais conforme o regime de segregação que lhe foi incumbido pelo Código Penal e Lei de Execução Penal (Penitenciária/regime fechado; semiaberto/colônia agrícola, industrial ou similar; aberto/casa de albergado; prisão provisória/cadeia pública). Acreditamos, todavia, ter sido possível demonstrar não apenas que a superlotação do sistema prisional é um fato, mas também que, ao arrepio da Lei de Execução Penal e do Código Penal, existe um considerável número de indivíduos cumprindo penas privativas de liberdade em estabelecimentos diversos do que fora proposto pela legislação, o que aponta para um quadro geral muito mais precário do que se anuncia dada a imprecisão e falta de rigor dos relatórios oficiais sobre déficits de vagas e índices de superlotação carcerária.

O relatório do Conselho Nacional de Justiça intitulado “O sistema prisional brasileiro fora da Constituição – 5 anos depois: Balanço e projeções a partir do julgamento da ADPF 347”, datado de junho de 2021, traz outro importante apontamento à discussão das vagas e da capacidade operacional do sistema prisional: “o conceito de vaga não se encerra na existência de um leito em uma cela. Deve englobar o acesso a assistências que são garantidas por lei às condições de vida”[1006]. Concordamos plenamente com a afirmação. Conforme expusemos, a Lei de Execução Penal garante ao apenado a assistência material, jurídica, educacional, social, religiosa e à saúde (artigo 11), em consonância com os direitos individuais e sociais elencados no artigo 5º e 6º da Constituição Federal, bem como da dignidade da pessoa humana.

[1005] CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Sistema prisional em números*. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/sistema-prisional-em-numeros>. Acesso em: 22 de jul. de 2022.

[1006] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *O sistema prisional brasileiro fora da Constituição – 5 anos depois: Balanço e projeções a partir do julgamento da ADPF 347*. Brasília, 2021, p. 9. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/06/Relato%CC%81rio_ECI_1406.pdf>. Acesso em: 22 de jul. de 2022.

O CNIEP apresenta ampla base de dados constantemente atualizada – pois se trata de um painel dinâmico –, e traz informações fundamentais para que seja possível atestar de que modo as assistências se verificam, ou não, na realidade do sistema prisional.

Afirma o CNIEP, na aba "Dashbord" que haveria 1.139 estabelecimentos penais em que é cumprida pena em regime fechado, 643 em que é cumprida pena em regime semiaberto e 205 em que é cumprida pena em regime aberto, sem especificar, como mencionamos, se seriam estaduais ou federais, se seriam mistos, masculinos ou femininos e, ainda, se de fato são penitenciárias, colônias agrícolas, industriais ou similares, ou casas de albergado. A tabela de dados brutos disponibilizada na aba "Relatórios", acessada em 1º de novembro de 2022, por sua vez, afirma que há indivíduos cumprindo pena privativa de liberdade em regime fechado em 1.260 estabelecimentos, regime semiaberto em 855 estabelecimentos e regime aberto em 257 estabelecimentos, o que reforça o argumento anteriormente apontado no sentido de que há uma inadequação no cumprimento da pena privativa de liberdade desde o estabelecimento em que ele ocorre[1007].

Na aba "Dashbord", nos deparamos com as seguintes informações sobre a estrutura dos estabelecimentos penais ativos, conforme a Tabela 9:

Tabela 9 - Estrutura geral dos estabelecimentos penais brasileiros.

Item ou requisito estrutural	Número de estabelecimentos penais dotados dessa estrutura
Aparelho para bloqueio celular	87

[1007] Em um cálculo rápido, haveria indivíduos cumprindo pena privativa de liberdade em regime fechado de forma ilegal em ao menos 121 estabelecimentos penais, pena privativa de liberdade em regime semiaberto de forma ilegal em ao menos 212 estabelecimentos penais e pena privativa de liberdade em regime aberto de forma ilegal em ao menos 52 estabelecimentos penais, sem olvidar a possibilidade de subnotificação ou a hipótese de que, entre os estabelecimentos contabilizados pelo CNIEP para cada regime prisional exista algum outro tipo de inadequação, como demonstramos a partir do relatório do Conselho Nacional do Ministério Público ao trazer o número de indivíduos cumprindo penas privativas de liberdade em estabelecimentos denominados "Cadeias Públicas", "Carceragens", "Casas de Prisão Provisória", "Centros de Detenção Provisória", "Casas de Privação Provisória de Liberdade" e "Casas de Privação Provisória", "Cadeias Públicas Femininas", "Centros de Detenção Provisória Feminina", "Casa de Prisão Provisória" e "Casa de Privação Provisória de Liberdade" (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Cadastro Nacional de Inspeções nos Estabelecimentos (CNIEP)*. Brasília, 2022. Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=e28debcd-15e7-4f17-ba93-9aa3ee4d3c5d&sheet=da3c5032-89ad-48d2-8d15-54eb35561278&lang=pt-BR&opt=ctxmenu,currsel>. Acesso em: 1º de nov. de 2022).

Área destinada para visita familiar	1.213
Áreas para banho de sol	1.497
Biblioteca	912
Detector de metais	1.226
Enfermaria	893
Espaço para prática esportiva	964
Gabinetes odontológicos	769
Local apropriado para assistência religiosa	690
Local de visitação íntima	763
Oficinas de trabalho	740
Sala de entrevista com advogado	1.319
Salas de aula	949

Fonte: Cadastro Nacional de Inspeções nos Estabelecimentos (CNIEP)[1008].

Nas Tabelas 10, 11 e 12, apresentaremos os dados expostos pelo CNIEP individualizados considerando o regime prisional dos estabelecimentos penais (1.139 estabelecimentos penais em que se cumpre pena em regime fechado, 643 em que se cumpre pena em regime semiaberto e 205 em que se cumpre pena regime aberto)[1009]:

Tabela 10 - Estrutura geral do regime fechado no Brasil.

Item ou requisito estrutural	Número de estabelecimentos penais dotados dessa estrutura	Porcentagem
Aparelho para bloqueio celular	76	6,67%
Área destinada para visita familiar	918	80,59%

[1008] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Cadastro Nacional de Inspeções nos Estabelecimentos (CNIEP)*. Brasília, 2022. Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=e28debcd-15e7-4f17-ba93-9aa3ee4d3c5d&sheet=da3c5032-89ad-48d2-8d15-54eb35561278&lang=pt-BR&opt=ctxmenu,currsel>. Acesso em: 1º de nov. de 2022.

[1009] Necessário ressaltar que as porcentagens podem ser ainda menores diante do fato de que há mais estabelecimentos que custodiam indivíduos nos diferentes regimes prisionais do que havia apontado o CNIEP, conforme o seu próprio banco de dados (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Cadastro Nacional de Inspeções nos Estabelecimentos (CNIEP)*. Brasília, 2022. Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=e28debcd-15e7-4f17-ba93-9aa3ee4d3c5d&sheet=da3c5032-89ad-48d2-8d15-54eb35561278&lang=pt-BR&opt=ctxmenu,currsel>. Acesso em: 1º de nov. de 2022.)

Áreas para banho de sol	1.092	96,87%
Biblioteca	732	64,26%
Detector de metais	969	85,07%
Enfermaria	720	63,21%
Espaço para prática esportiva	770	67,60%
Gabinetes odontológicos	628	55,13%
Local apropriado para assistência religiosa	544	47,76%
Local de visitação íntima	628	55,4%
Oficinas de trabalho	644	55,13%
Sala de entrevista com advogado	993	87,18%
Salas de aula	784	68,83%

Fonte: Cadastro Nacional de Inspeções nos Estabelecimentos (CNIEP)[1010].

Tabela 11 - Estrutura geral do regime semiaberto no Brasil.

Item ou requisito estrutural	Número de estabelecimentos penais dotados dessa estrutura	Porcentagem
Aparelho para bloqueio celular	32	4,97%
Área destinada para visita familiar	546	84,91%
Áreas para banho de sol	620	96,42%
Biblioteca	427	66,4%
Detector de metais	552	85,84%

[1010] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Cadastro Nacional de Inspeções nos Estabelecimentos (CNIEP)*. Brasília, 2022. Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=e28debcd-15e7-4f17-ba93-9aa3ee4d3c5d&sheet=da3c5032-89ad-48d2-8d15-54eb35561278&lang=pt-BR&opt=ctxmenu,currsel>. Acesso em: 1º de nov. de 2022.

Enfermaria	399	62,05%
Espaço para prática esportiva	454	70,6%
Gabinetes odontológicos	324	50,38%
Local apropriado para assistência religiosa	352	54,74%
Local de visitação íntima	379	58,94%
Oficinas de trabalho	387	60,18%
Sala de entrevista com advogado	544	84,60%
Salas de aula	447	69,51%

Fonte: Cadastro Nacional de Inspeções nos Estabelecimentos (CNIEP)[1011].

Tabela 12 - Estrutura geral do regime aberto no Brasil.

Item ou requisito estrutural	Número de estabelecimentos penais dotados dessa estrutura	Porcentagem
Aparelho para bloqueio celular	6	2,92%
Área destinada para visita familiar	163	79,51%
Áreas para banho de sol	191	93,17%
Biblioteca	108	52,68%
Detector de metais	160	78,04%
Enfermaria	83	40,48%
Espaço para prática esportiva	114	55,6%

[1011] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Cadastro Nacional de Inspeções nos Estabelecimentos (CNIEP)*. Brasília, 2022. Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=e28debcd-15e7-4f17-ba93-9aa3ee4d3c5d&sheet=da3c5032-89ad-48d2-8d15-54eb35561278&lang=pt-BR&opt=ctxmenu,currsel>. Acesso em: 1º de nov. de 2022.

Gabinetes odontológicos	59	28,78%
Local apropriado para assistência religiosa	99	48,29%
Local de visitação íntima	103	50,24%
Oficinas de trabalho	87	42,43%
Sala de entrevista com advogado	151	73,65%
Salas de aula	105	51,21%

Fonte: Cadastro Nacional de Inspeções nos Estabelecimentos (CNIEP)[1012].

Embora as informações constantes do CNIEP não sejam suficientes para atestar a qualidade das assistências e a efetividade de uma série de direitos previstos na Lei de Execução Penal, acreditamos que sejam aptas a denunciar a atual precariedade da estrutura prisional e, ainda, comprovar que a planificação do discurso jurídico-penal não se realiza sob diversos prismas. Teceremos os comentários possíveis.

No tocante à assistência à saúde, por exemplo, demonstramos que a regra, conforme estabelecido pela Lei de Execução Penal, é que o atendimento médico, farmacêutico ou odontológico seja prestado dentro do estabelecimento penal, embora se admita seu fornecimento em local diverso, mediante autorização da direção do estabelecimento (artigo 14, “caput” e §2º, da Lei de Execução Penal). O que se depreende do relatório do CNIEP, todavia, é que, mesmo no regime de cumprimento de pena mais gravoso (fechado), há um grande déficit nesse quesito. Quase metade dos estabelecimentos penais destinados ao cumprimento de pena em regime fechado não possui gabinetes odontológicos e, ainda, pouco mais de 6 em cada 10 possui uma enfermaria. Fundamental destacar, inclusive, que o regime fechado possui os melhores índices entre os regimes de cumprimento de pena, o que já demonstra a fragilidade estrutural no que toca a assistência à saúde.

[1012] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Cadastro Nacional de Inspeções nos Estabelecimentos (CNIEP)*. Brasília, 2022. Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=e28debcd-15e7-4f17-ba93-9aa3ee4d3c5d&sheet=da3c5032-89ad-48d2-8d15-54eb35561278&lang=pt-BR&opt=ctxmenu,currsel>. Acesso em: 1º de nov. de 2022.

O “12º Ciclo – INFOPEN” também apresenta dados referentes a itens estruturais da assistência à saúde, mas não faz nenhuma distinção a respeito do regime de cumprimento de pena cumprido no estabelecimento, ou se pertence ao sistema estadual ou federal, somente indicando que as porcentagens oferecidas são calculadas com base no número de 1.458 estabelecimentos penais considerados no relatório[1013], como se depreende da Tabela 13:

Tabela 13 – Estrutura física da assistência à saúde nos estabelecimentos penais brasileiros.

Item estrutural	Número de estabelecimentos	Porcentagem
Consultório médico	994	65%
Consultório odontológico	806	53%
Sala de curativos, suturas, vacinas e postos de enfermagem	880	58%
Cela de enfermaria com solário	310	20%
Solário para pacientes	260	17%
Farmácia ou sala de estoque	866	57%
Central de material esterilizado	391	26%
Cela de observação	543	36%

Fonte: SISDEPEN – “12º Ciclo – INFOPEN”, referente ao período de janeiro a junho de 2022 (2022)[1014].

O “Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias” do SISDEPEN também oferece informações sobre a assistência à saúde no sistema prisional, mas

[1013] BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. SISDEPEN. *12º Ciclo – INFOPEN. jan-jun 2022. Nacional*. Brasília, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios-e-manuais/relatorios/relatorios-analiticos/br/brasil-junho-2022.pdf>. Acesso em: 28 de nov. 2022.

[1014] BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. SISDEPEN. *12º Ciclo – INFOPEN. jan-jun 2022. Nacional*. Brasília, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios-e-manuais/relatorios/relatorios-analiticos/br/brasil-junho-2022.pdf>. Acesso em: 28 de nov. 2022.

as apresenta de forma diversa. Enquanto o CNIEP e o “12º Ciclo – INFOPEN” apresentam o número de estabelecimentos dotados de um determinado item estrutural, o “Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias” do SISDEPEN aponta a quantidade de um determinado item estrutural em todo o universo de estabelecimentos penais, não discriminando, por exemplo, se um estabelecimento penal conta com mais de um consultório odontológico, por exemplo.

Sobre a assistência à saúde, portanto, o “Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias” do SISDEPEN oferece, na guia “Saúde no Sistema Prisional”, informações estruturais relacionadas à quantidade de salas, consultórios etc. (módulos de saúde), nos 1.391 estabelecimentos penais estaduais e 5 estabelecimentos penais federais contemplados em sua base[1015], conforme as tabelas 14 e 15:

Tabela 14 - Módulos de saúde nos estabelecimentos penais estaduais.

Item estrutural	Quantidade
Consultório Médico	1.113
Consultório odontológico	813
Sala de curativos, suturas, vacinas e postos de enfermagem	910
Cela de enfermaria com solário	774
Solário para pacientes	278
Farmácia ou sala de estoque	878
Central de material esterilizado	363
Cela de observação	1.104

Fonte: SISDEPEN - Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias referente ao período de janeiro a junho de 2022 (2022)[1016].

[1015] Sem distinguir, todavia, os estabelecimentos penais dirigidos aos indivíduos do gênero feminino, masculino e mistos.

[1016] BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. SISDEPEN. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – janeiro a junho de 2022*. Brasília, 2022. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiNWQ0ODM1OTQtMmQ2Ny00M2IyLTk4YmUtMTdhYzI4N2ExMWM3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 28 de nov. de 2022.

Tabela 15 - Módulos de saúde nos estabelecimentos penais federais.

Item estrutural	Quantidade
Consultório Médico	6
Consultório odontológico	5
Sala de curativos, suturas, vacinas e postos de enfermagem	5
Cela de enfermaria com solário	12
Solário para pacientes	2
Farmácia ou sala de estoque	5
Central de material esterilizado	5
Cela de observação	15

Fonte: SISDEPEN - Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias referente ao período de janeiro a junho de 2022 (2022)[1017].

Ainda no âmbito da saúde dentro do sistema prisional, chama atenção que o número de casos de tuberculose seja significativamente maior do que o número de casos fora dele: há aproximadamente 28 vezes mais chance de contrair a doença dentro dos estabelecimentos penais, conforme o Conselho Nacional de Justiça[1018], o que também aponta para insalubridade e precariedade da superlotada estrutura prisional brasileira. Ainda, esse quadro leva o Conselho Nacional de Justiça[1019], o Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT) a acreditarem que o impacto da pandemia da COVID-19 foi muito mais nocivo do que o anunciado em

[1017] BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. SISDEPEN. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – janeiro a junho de 2022*. Brasília, 2022. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiNWQ0ODM1OTQtMmQ2Ny00M2IyLTk4YmUtMTdhYzI4N2ExMWM3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 28 de nov. de 2022.

[1018] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *O sistema prisional brasileiro fora da Constituição – 5 anos depois: Balanço e projeções a partir do julgamento da ADPF 347*. Brasília, 2021, p. 18. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/06/Relato%CC%81rio_ECI_1406.pdf>. Acesso em: 22 de jul. de 2022

[1019] Conforme o Conselho Nacional de Justiça, "a própria natureza das prisões brasileiras – superlotadas, insalubres e com poucos recursos –, são barreiras para a adoção das principais medidas incentivadas pelas autoridades: distanciamento social e uso de máscaras" (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *O sistema prisional brasileiro fora da Constituição – 5 anos depois: Balanço e projeções a partir do julgamento da ADPF 347*. Brasília, 2021, p. 26. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/06/Relato%CC%81rio_ECI_1406.pdf>. Acesso em: 22 de jul. de 2022).

comunicados oficiais. Conforme o Relatório bienal de 2020/2021 elaborado pelo Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT), houve "grande dificuldade de obtenção de informações, por falta de canais formais de acessos, ausência de transparência e segurança nos dados"[1020]. Ainda segundo o MNPCT, essa dificuldade foi acentuada pela suspensão de visitas no sistema prisional. Se, por um lado, havia a pretensa necessidade de limitar a entrada e circulação de familiares e advogados nos estabelecimentos penais para conter a disseminação do vírus, por outro, se verificou "verdadeira incomunicabilidade dos presos com os seus familiares, situação que inviabilizou em muitos estados, o atendimento jurídico e a entrega da alimentação pelos familiares das pessoas presas"[1021]. O Conselho Nacional de Justiça observa, a partir dos dados coletados pelo INFOPEN, que houve um crescimento de 358,82% no número de óbitos com causa desconhecida[1022] quando considerados o segundo semestre de 2019 e o primeiro semestre de 2020[1023]. De todo modo, conforme o "Painel de Monitoramento dos Sistemas Prisionais", elaborado pelo Departamento Penitenciário Nacional, a informação oficial é de que haveria um total de 293 óbitos decorrentes da infecção pela COVID-19 no sistema prisional desde o início da pandemia até o dia 17 de outubro de 2022, quando houve a mais recente atualização do painel[1024].

Prosseguindo, destacamos em subcapítulo anterior que a assistência à saúde compreende, igualmente, o acompanhamento pré-natal e pós-parto, extensivo ao recém-nascido, sendo mandatória a existência de berçários nos estabelecimentos penais destinados ao gênero feminino (artigo 83, §2º, da Lei de Execução Penal). Segundo os registros do "Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias" do

---

[1020] BRASIL. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT). *Relatório bienal 2020/2021: a prevenção e o combate à tortura durante a pandemia*. Brasília, 2022, p. 58. Disponível em: <https://mnpctbrasil.files.wordpress.com/2022/05/relatocc81rio-bienal-2020-2021-versao-final-3.pdf>. Acesso em: 22 de jul. de 2022.

[1021] Ibidem, pp. 58/59.

[1022] É preciso destacar que, salvo melhor juízo, a morte de qualquer indivíduo privado de liberdade deveria ser explicada ou ao menos explicável, seja qual for a circunstância.

[1023] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *O sistema prisional brasileiro fora da Constituição – 5 anos depois: Balanço e projeções a partir do julgamento da ADPF 347*. Brasília, 2021, p. 19. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/06/Relato%CC%81rio_ECI_1406.pdf>. Acesso em: 22 de jul. de 2022

[1024] BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. *Painel de monitoramento dos sistemas prisionais*. Brasília, 2022. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiYThhMjk5YjgtZWQwYS00ODlkLTg4NDgtZTFhMTgzYmQ2MGVlIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 1º de nov. de 2022.

SISDEPEN até o fim do primeiro semestre do ano de 2022[1025], haveria, considerando todos os estabelecimentos penais "com mulheres", conforme aponta a aba "Maternidade – Equipes e Estrutura Física", um total de 12 creches, com capacidade para 181 crianças; 51 berçários ou centros de referência materno-infantil, com capacidade para 487 bebês; e 67 dormitórios ou celas adequadas para gestantes. O mesmo relatório, em aba denominada "Maternidade – Faixa etária dos filhos que estão nos estabelecimentos", aponta que haveria 93 lactantes e 164 gestantes/parturientes em celas físicas, além de 791 crianças dentro de estabelecimentos penais conforme a seguinte proporção: 64,85% possuem mais de 3 anos de idade, 11,25% possuem menos de 6 meses de idade, 10,37% possuem entre 2 e 3 anos de idade, 7,71% possuem entre 1 e 2 anos de idade e 5,82% possuem entre 6 meses e 1 ano de idade[1026].

Segundo os dados apresentados, portanto, haveria um déficit de vagas até mesmo para as crianças, pois, mesmo somando a capacidade total das creches aos berçários e centros de referência materno-infantil, haveria 668 vagas para 791 crianças. Se revela, também, um déficit de vagas para as gestantes/parturientes, que representam um número quase três vezes maior que a capacidade total do sistema prisional para acomodá-las. Não apenas a violação à dignidade da pessoa humana é evidente, como também o é a violação o princípio da intranscendência da pena.

Sobre a assistência educacional, (que compreende a instrução escolar e a formação profissional, nos termos já expostos em subcapítulo anterior), é possível depreender do CNIEP que, exceto no que diz respeito ao regime aberto de cumprimento de pena (51,21%), haveria salas de aula e bibliotecas em pouco menos de 7 a cada 10 estabelecimentos penais.

[1025] BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. SISDEPEN. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – janeiro a junho de 2022*. Brasília, 2022. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiNWQ0ODM1OTQtMmQ2Ny00M2IyLTk4YmUtMTdhYzI4N2ExMWM3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 28 de nov. de 2022.

[1026] É relevante notar que, conforme o próprio relatório do SISDEPEN na aba "Maternidade – Faixa etária dos filhos que estão nos estabelecimentos", haveria um total de uma lactante, 0 gestantes/parturientes e 0 crianças em prisão domiciliar, números bastante diferentes do que os apontados em relação às pessoas privadas de liberdade em celas físicas (BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. SISDEPEN. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – janeiro a junho de 2022*. Brasília, 2022. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiNWQ0ODM1OTQtMmQ2Ny00M2IyLTk4YmUtMTdhYzI4N2ExMWM3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 28 de nov. de 2022).

Assim como o CNIEP, o "Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias" do SISDEPEN não informa quantas pessoas privadas de liberdade participaram de atividades educacionais. Embora haja nova divergência, como veremos, o "12º Ciclo – INFOPEN" apresenta a referida informação de forma detalhada.

Considerando o primeiro semestre de 2022, o "12º Ciclo – INFOPEN", do SISDEPEN, informa que haveria um total de 416.780 indivíduos do gênero masculino e 60.035 indivíduos do gênero feminino em atividades educacionais (total de 476.815 pessoas)[1027]. A maioria dessas pessoas (250.560, correspondente a 60,11%), segundo o "12º Ciclo – INFOPEN", estaria envolvida em atividades educacionais complementares, definidas como "videoteca, atividades de lazer e cultura"[1028], sem maiores explicações sobre o que seriam. Apenas para ilustrar, o número somado de indivíduos do gênero feminino e masculino em processo de alfabetização ou cursando ensino fundamental, médio, superior, curso técnico ou curso de formação inicial e continuada corresponde a 28,89% do total envolvido em atividades educacionais[1029].

É preciso destacar, novamente, a confusão acerca dos dados sobre o sistema prisional, uma vez que o "Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias" do SISDEPEN revela na aba "Atividades Educacionais" que, na realidade, o número de 476.815 não corresponde ao total de pessoas envolvidas em atividades educacionais, mas sim ao número de atividades educacionais realizadas. Essa informação fica evidente quando analisamos os dados relativos aos estabelecimentos penais federais, uma vez que foram contabilizadas 1.033 atividades educacionais em um universo de 482 pessoas privadas de liberdade em celas físicas. Sobre o ponto, é fundamental dizer que o "Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias" do SISDEPEN referente ao segundo semestre de 2021 destacava expressamente que "o mesmo interno pode ter realizado mais que uma atividade no período"[1030], diferentemente do

---

[1027] BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. SISDEPEN. *12º Ciclo – INFOPEN. jan-jun 2022. Nacional*. Brasília, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios-e-manuais/relatorios/relatorios-analiticos/br/brasil-junho-2022.pdf>. Acesso em: 28 de nov. 2022.

[1028] BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. SISDEPEN. *12º Ciclo – INFOPEN. jan-jun 2022. Nacional*. Brasília, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios-e-manuais/relatorios/relatorios-analiticos/br/brasil-junho-2022.pdf>. Acesso em: 28 de nov. 2022.

[1029] Ibidem.

[1030] BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. SISDEPEN. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – julho a dezembro de 2021*. Brasília, 2022. Disponível em:

que faz o “Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias” do primeiro semestre de 2022, que não faz a ressalva. Portanto, partindo da premissa de que o “Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias” do SISDEPEN afirma existirem 661.915 pessoas privadas de liberdade em celas físicas nos estabelecimentos estaduais, o número de 473.813 persiste baixo, ainda que não fossem contabilizadas as vezes em que uma mesma pessoa realizou mais que uma atividade: corresponderia a 72,03% da população privada de liberdade.

Ainda no tocante à assistência educacional, o “12º Ciclo – INFOPEN”, do SISDEPEN[1031] informa existirem, entre os 1.458 estabelecimentos penais cadastrados, 991 estabelecimentos com salas de aula, 354 estabelecimentos com salas de informática, 352 estabelecimentos com salas de encontro com a sociedade/salas de reuniões, 1.035 estabelecimentos com bibliotecas, 624 estabelecimentos com salas de professores e 34 estabelecimentos com salas destinadas a outros fins, denominadas “outros espaços de educação”[1032]. Ao menos até junho de 2022, considerando todos os estabelecimentos penais, havia um total de 60.795 lugares em salas de aula, 3.422 lugares em salas de informática, 11.707 lugares em salas de encontro com a sociedade/salas de reunião, 14.907 lugares em bibliotecas, 3.906 lugares em salas de professores e, por fim, 1.111 lugares em salas destinadas a outros fins.

A assistência religiosa, como também tivemos a oportunidade de mencionar, pretende materializar a liberdade religiosa e sua assistência, previstas no artigo 5º, incisos VI, VII e VIII da Constituição Federal[1033], garantindo aos presos a participação nos serviços organizados no estabelecimento penal, a posse de livros de instrução religiosa e um local apropriado para os cultos religiosos (artigo 24 da Lei de Execução Penal). Não obstante, o CNIEP informa que apenas 47,76% dos estabelecimentos em

---

<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiOWYwMDdlNmItMDNkOC00Y2RmLWEyNjQtMmQ0OTUwYTUwNDk5IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 19 de jul. de 2022.

[1031] BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. SISDEPEN. *12º Ciclo – INFOPEN. jan-jun 2022. Nacional*. Brasília, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios-e-manuais/relatorios/relatorios-analiticos/br/brasil-junho-2022.pdf>. Acesso em: 28 de nov. 2022.

[1032] Salas de musicalização, por exemplo, conforme a base de dados disponibilizada (BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. SISDEPEN. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – janeiro a junho de 2022: base de dados*. Brasília, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios-e-manuais/bases-de-dados/bases-de-dados-1/BasedeDadosSisdepenjanjul202212ciclo.xlsx>. Acesso em: 28 de nov. de 2022).

[1033] ROIG, Rodrigo Duque Estrada, op. cit., p. 175.

que há cumprimento de pena em regime fechado possuem local apropriado para essa assistência, número esse que sobe para 54,74% nos estabelecimentos em que há cumprimento de pena em regime semiaberto e cai novamente para 48,29% nos estabelecimentos em que há cumprimento de pena em regime aberto. Não há informações sobre cadeias públicas nas bases de dados disponíveis.

No tocante ao trabalho ou a laborterapia, destaca o CNIEP que pouco mais da metade dos estabelecimentos nos quais se cumpre pena em regime fechado possuiria oficinas de trabalho (55,13%). No regime semiaberto esse número chega a 60,18% (necessário considerar que, nesse regime, há um contingente muito maior de apenados que exercem trabalho externo) e, por fim, no que se refere ao regime aberto a porcentagem cai para 42,43%[1034]. Acreditamos que o diagnóstico do regime fechado seja o mais preocupante, uma vez que o indivíduo que cumpre pena nesse regime tem no trabalho externo uma situação absolutamente excepcional. Dessa forma, a ausência de oficinas de trabalho em praticamente metade dos estabelecimentos com as características de penitenciária impõe o descumprimento da lei à metade dos indivíduos que cumprem pena em regime fechado, por exemplo, uma vez que o trabalho é obrigatório ao condenado à pena privativa de liberdade (artigo 31 da Lei de Execução Penal).

O "Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias" do SISDEPEN traz outras informações no tocante à laborterapia. Conforme a aba "População Prisional em Programa Laboral", que considera os indivíduos em celas físicas dos estabelecimentos penais estaduais, apenas 24,63% estariam em laborterapia (161.247 de um total de 654.704 contabilizados, não obstante o próprio relatório informe que a população privada de liberdade em celas físicas no sistema estadual seja de 661.915 pessoas). Entre os 12.610 indivíduos do gênero feminino, apenas 10,52% exercem trabalho externo, ao passo que, entre os 148.637 indivíduos do gênero masculino, 18,54% exercem trabalho externo[1035].

[1034] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Cadastro Nacional de Inspeções nos Estabelecimentos (CNIEP)*. Brasília, 2022. Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=e28debcd-15e7-4f17-ba93-9aa3ee4d3c5d&sheet=da3c5032-89ad-48d2-8d15-54eb35561278&lang=pt-BR&opt=ctxmenu,currsel>. Acesso em: 1º de nov. de 2022.

[1035] BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. SISDEPEN. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – janeiro a junho de 2022*. Brasília, 2022. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiNWQ0ODM1OTQtMmQ2Ny00M2IyLTk4YmUtMTdhYzI4N2ExMWM3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 28 de nov. de 2022.

Considerando o universo de 161.247 indivíduos em celas físicas dos estabelecimentos penais estaduais em laborterapia, o “Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias” do SISDEPEN apresenta na aba “População Prisional por Remuneração” informações sobre a remuneração desses indivíduos. Embora o relatório só tenha coletado dados de 134.189 indivíduos em laborterapia (83,22%), aduz o “Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias” do SISDEPEN que, desse total, 64.710 dos indivíduos teriam alguma remuneração – os demais receberiam em troca somente a remição, segundo o relatório. Chama atenção, todavia, que o “Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias” do SISDEPEN aponte que 22,36% dos indivíduos do gênero feminino que tiveram seus dados compilados (2.097 pessoas) e 20,38% dos indivíduos do gênero masculino que tiveram seus dados compilados (25.432 pessoas), recebam menos do que ¾ de um salário-mínimo, o que viola a redação expressa do artigo 29 da Lei de Execução Penal e, portanto, denuncia mais uma ilegalidade do sistema prisional pátrio[1036].

A visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados também constitui um direito do preso. Todavia, como revela o CNIEP, somente 80,59% dos estabelecimentos penais em que é cumprida pena em regime fechado possuem área destinada à visita familiar (84,91% no tocante ao semiaberto e 79,51% no que diz respeito ao regime aberto). Pouco mais de 5 em cada 10 estabelecimentos penais possuem local de visitação íntima (55,4% para o fechado, 58,94% para o regime semiaberto e 50,24% para o regime aberto). Embora também seja direito do apenado a recreação, cumpre mencionar que não há base de dados suficientemente abrangente para verificar a sua concretização, senão a informação do CNIEP de que, em 67,60% dos estabelecimentos penais em que há indivíduos cumprindo pena em regime fechado há espaço para prática esportiva, enquanto nos estabelecimentos em que há indivíduos cumprindo pena em regime semiaberto e aberto esse número é de 70,6% e 55,6%, respectivamente.

Há poucas informações disponibilizadas, em nível nacional, sobre o Regime Disciplinar Diferenciado na prática.

[1036] BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. SISDEPEN. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – janeiro a junho de 2022*. Brasília, 2022. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiNWQ0ODM1OTQtMmQ2Ny00M2IyLTk4YmUtMTdhYzI4N2ExMWM3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 28 de nov. de 2022.

A partir do CNIEP, é possível afirmar que havia, até o último levantamento (novembro de 2022), 3 indivíduos do gênero feminino e 182 indivíduos do gênero masculino em Regime Disciplinar Diferenciado. Os 3 indivíduos do gênero feminino estariam divididos em dois estabelecimentos penais (2 na Cadeia Pública de Santa Luzia do Oeste, em Rondônia, e 1 na APAC Feminina de Itaúna, em Minas Gerais), ao passo que os 182 indivíduos do gênero masculino estariam divididos entre 22 estabelecimentos. O estabelecimento penal que mais abriga pessoas em Regime Disciplinar Diferenciado é denominado pelo CNIEP "Unidade Prisional Regional de Águas Lindas", localizado em Goiás, havendo 66 dos 182 indivíduos do gênero masculino[1037].

A partir da base de dados do SISDEPEN referente ao primeiro semestre de 2022, por sua vez, informa que haveria 840 indivíduos em Regime Disciplinar Diferenciado em 30 estabelecimentos penais diversos (coluna "PW"). Embora não haja a separação entre indivíduos do gênero masculino e feminino, chama atenção a diferença entre o CNIEP e o SISDEPEN, mesmo que tenham sido elaborados com base em espaços de tempo diversos. De acordo com o SISDEPEN, inclusive, o "Centro de Recuperação Regional de Paragominas/Pará" custodiaria 356 indivíduos em Regime Disciplinar Diferenciado (Linha 969), não havendo informação sobre a capacidade do estabelecimento para fazê-lo em conformidade à Lei de Execução Penal[1038].

Embora sejam escassas as informações acerca do funcionamento dos presídios federais, o MNPCT traz em seu relatório bienal referente a 2020 e 2021 a denúncia de que, no ano de 2020, "a única atividade ofertada pela maioria das Unidades foi a de leitura na cela"[1039], ressaltando, igualmente, que "algumas pessoas presas com quem dialogamos relataram que chegaram a permanecer 44 (quarenta e

---

[1037] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Cadastro Nacional de Inspeções nos Estabelecimentos (CNIEP)*. Brasília, 2022. Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=e28debcd-15e7-4f17-ba93-9aa3ee4d3c5d&sheet=da3c5032-89ad-48d2-8d15-54eb35561278&lang=pt-BR&opt=ctxmenu,currsel>. Acesso em: 1º de nov. de 2022.

[1038] BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. SISDEPEN. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – janeiro a junho de 2022: base de dados*. Brasília, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios-e-manuais/bases-de-dados/bases-de-dados-1/BasedeDadosSisdepenjanjul202212ciclo.xlsx>. Acesso em: 28 de nov. de 2022

[1039] BRASIL. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT). *Relatório bienal 2020/2021: a prevenção e o combate à tortura durante a pandemia*. Brasília, 2022, p. 28. Disponível em: <https://mnpctbrasil.files.wordpress.com/2022/05/relatocc81rio-bienal-2020-2021-versao-final-3.pdf>. Acesso em: 22 de jul. de 2022.

quatro) horas trancadas sem banho de sol no período da pandemia, situação que acarretou o agravamento do adoecimento mental"[1040]. Apesar de nenhuma das cinco penitenciárias federais estar superlotada e, ainda, disporem de melhores estruturas do que a maioria dos estabelecimentos penais estaduais, é interessante notar que a estrutura física não é suficiente para fazer com que o cárcere cumpra sua pretensa função preventivo-especial positiva.

Acreditamos ter sido possível demonstrar a precariedade do sistema prisional considerando o número de "vagas" e pessoas privadas de liberdade, bem como a sua incapacidade de prestar as assistências definidas em lei e de assegurar minimamente os direitos dos indivíduos privados de liberdade. Há situações fáticas ainda mais graves, como, por exemplo, as percebidas pela Defensoria Pública do estado de São Paulo e registradas no relatório "Inspeções em Presídios Durante a Pandemia da COVID-19"[1041], disponibilizado em abril de 2022.

Entre os resultados da inspeção de 27 estabelecimentos penais do estado de São Paulo entre 2020 e 2021 (19 centros de detenção provisória, 4 penitenciárias e 2 centros de ressocialização destinados ao gênero masculino; 1 centro de detenção provisória e uma penitenciária feminina), surpreende a informação de que 74% dos estabelecimentos vistoriados não distribuem colchões aos indivíduos custodiados, disponibilizando tão somente laminados de espuma que, não raras vezes, estão sujos e propagam doenças, além de terem que ser divididos entre indivíduos privados de liberdade, dada a falta de espaço nas celas[1042]. Entre diversas violações à dignidade da pessoa humana, citamos o fato de que em 21,4% dos estabelecimentos vistoriados haveria fornecimento de água por período inferior a uma hora diária, e somente 14,3% dos estabelecimentos forneceriam por mais de seis horas[1043]. Há estabelecimentos penais que sequer possuem vasos sanitários, havendo uma espécie de buraco, sem tampa ou vedação, próximo ao laminado de espuma onde dormem os indivíduos privados de liberdade[1044]. No Centro de Detenção Provisória de Suzano, por exemplo,

---

[1040] Ibidem, p. 28.
[1041] DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Núcleo Especializado de Situação Carcerária. *Inspeções em presídios durante a pandemia da covid-19*. São Paulo, abril de 2022. Disponível em: <https://www.defensoria.sp.def.br/documents/20122/9ed2ceeb-869f-17d8-6039-94d90f0cabbc>. Acesso em: 29 de jul. de 2022.
[1042] Ibidem, pp. 20-22.
[1043] Ibidem, p. 58.
[1044] DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Núcleo Especializado de Situação Carcerária. *Inspeções em presídios durante a pandemia da covid-19*. São Paulo, abril de 2022. Disponível em: <https://www.defensoria.sp.def.br/documents/20122/9ed2ceeb-869f-17d8-6039-94d90f0cabbc>. Acesso em: 29 de jul. de 2022, p. 30.

as pessoas privadas de liberdade eram obrigadas a fazer as necessidades fisiológicas no ralo do chuveiro, dado que todas as privadas estavam quebradas[1045]. Haveria infestações de insetos e pragas que causam doenças e alergias em diversos estabelecimentos[1046]. Por fim, acreditamos ser importante mencionar que, segundo a Defensoria Pública do estado de São Paulo, haveria ao menos 1.395 pessoas desassistidas com problemas graves de saúde, como grandes infecções na pele, problemas odontológicos e respiratórios. Soma-se a isso o fato de que foi constatado que diversos indivíduos que fazem uso de bolsa de colostomia e sonda não recebem auxílio médico, sequer havendo higienização adequada dos equipamentos[1047]. No Centro de Detenção Provisória Feminino de Franco da Rocha, ainda, diversas mulheres relataram já terem rasgado pedaços de toalhas, colchões e até utilizado miolo de pão dada a ausência de absorventes[1048].

Embora fosse possível trazer outros relatórios à colação, acreditamos ser suficiente, diante do que já expusemos até aqui, recordar a conclusão do Supremo Tribunal Federal no sentido de que o sistema carcerário brasileiro possui como característica a "violação massiva e persistente de direitos fundamentais"[1049]. Nesse contexto, é preciso mencionar a presença de facções e grupos criminosos que atuam no interior do sistema prisional, cujo surgimento está vinculado à uma tentativa de se proteger, reivindicar melhores condições e reagir de forma agressiva à violência imposta pelo sistema prisional. O Conselho Nacional de Justiça reconhece esse fato, afirmando expressamente que "os fatores internos da realidade prisional brasileira, sobretudo a superlotação e a escassez de serviços e assistências, devem ser entendidos como elementos produtores da auto-organização das pessoas presas"[1050].

[1045] DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Núcleo Especializado de Situação Carcerária. *Inspeções em presídios durante a pandemia da covid-19*. São Paulo, abril de 2022. Disponível em: <https://www.defensoria.sp.def.br/documents/20122/9ed2ceeb-869f-17d8-6039-94d90f0cabbc>. Acesso em: 29 de jul. de 2022, p. 34.
[1046] Ibidem, pp. 37-41.
[1047] Ibidem, pp. 48-53.
[1048] Ibidem, p. 71.
[1049] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Rel. Ministro Marco Aurélio Mello. Brasília, DF, 9 de setembro de 2015. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília - DF, 19 de fevereiro de 2016, p. 3. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308712125&ext=.pdf>. Acesso em: 3 de jun. de 2022.
[1050] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *O sistema prisional brasileiro fora da Constituição – 5 anos depois: Balanço e projeções a partir do julgamento da ADPF 347*. Brasília, 2021, p. 17. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/06/Relato%CC%81rio_ECI_1406.pdf>. Acesso em: 29 de jul. de 2022.

Há um último ponto cuja abordagem é necessária. Ao expor as teorias acerca da finalidade da pena, afirmamos inúmeras vezes que o sistema penal é seletivo e, conforme Eugenio Raúl Zaffaroni, "está estruturalmente montado para que a legalidade processual não opere e, sim, para que exerça seu poder com altíssimo grau de arbitrariedade seletiva dirigida, naturalmente, aos setores vulneráveis"[1051] e aos inábeis[1052], operando discricionariamente nas hipóteses desejadas. É possível demonstrar a seletividade com os números apresentados pelo "Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias" do SISDEPEN, cuja base de dados remonta ao período de janeiro a junho de 2022.

A aba "Composição da População por Cor/Raça no Sistema Prisional", apresenta os dados coletados de 89,8% da população privada de liberdade em celas físicas no sistema estadual (587.651 de 654.704), 41,2% da população privada de liberdade em prisão domiciliar (72.332 de 175.528) e 96,7% da população privada de liberdade em celas físicas no sistema federal (466 de 482) no período de janeiro a junho de 2022 (660.449 de 830.714), não tendo sido coletados os dados restantes[1053]. Apresentamos, a partir do recorte de cor, um gráfico referente à população do gênero masculino e outro referente à população do gênero feminino. São necessárias duas ressalvas, todavia. Primeiramente, não há como afirmar se as informações correspondem às declarações individuais (autodeclarações) de cada indivíduo, dado que essa informação não é disponibilizada pelo SISDEPEN. Em segundo lugar, optamos por oferecer outra apresentação aos gráficos elaborados pelo "Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias" do SISDEPEN. A exposição das informações conforme o critério "cor/raça" é problemática porque engloba de forma equivocada dois possíveis critérios de diferenciação: raça e cor não são sinônimos. A maior fração de todos os gráficos apresentados pelo "Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias" é formada pela população "parda". "Pardo", contudo, é um termo poroso e oriundo da forçada e planejada miscigenação da população brasileira,

---

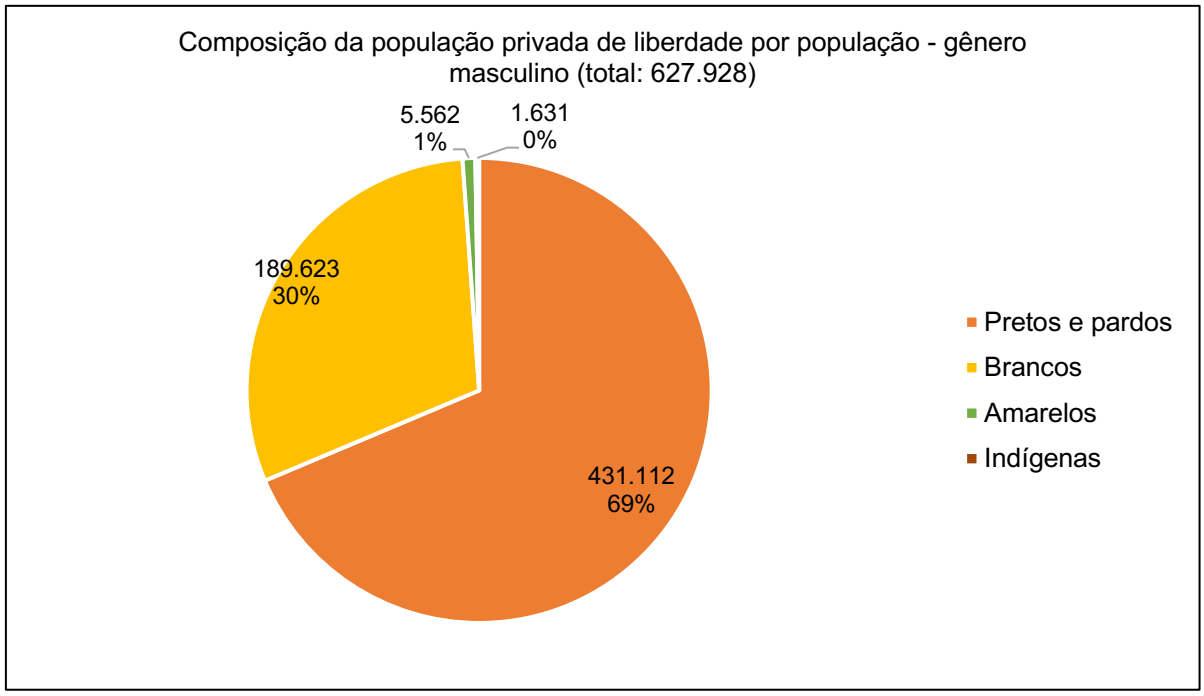
[1051] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Trad. Vania Romero Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. 5. ed, 6. reimp. Rio de Janeiro: Revan, 2018, p. 27.

[1052] ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al*. *Direito Penal brasileiro: primeiro volume – Teoria geral do Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 142.

[1053] BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. SISDEPEN. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – janeiro a junho de 2022*. Brasília, 2022. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiNWQ0ODM1OTQtMmQ2Ny00M2IyLTk4YmUtMTdhYzI4N2ExMWM3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 28 de nov. de 2022.

denunciada, entre tantos outros, por Abdias do Nascimento[1054], de modo que uniremos as informações referentes a pretos e pardos (população negra). Historicamente e atualmente lhes é negado o livre trânsito pela sociedade que é permitido aos brancos, e, além disso, a própria diferenciação entre pretos e pardos é muitas vezes associada ao chamado "colorismo", prática que é definida por Tainan Maria Guimarães Silva e Silva como uma "forma de discriminação baseada fundamentalmente na tonalidade da pele: quanto mais escura uma pessoa, mais discriminação e exclusão ela sofreria"[1055], embora ambos sejam alvo de racismo. Nos gráficos 1 e 2, portanto, apresentamos os dados extraídos em referência ao gênero masculino e feminino segundo a população que representam (branca, negra, amarela e indígena), respectivamente, entre janeiro e junho de 2022:

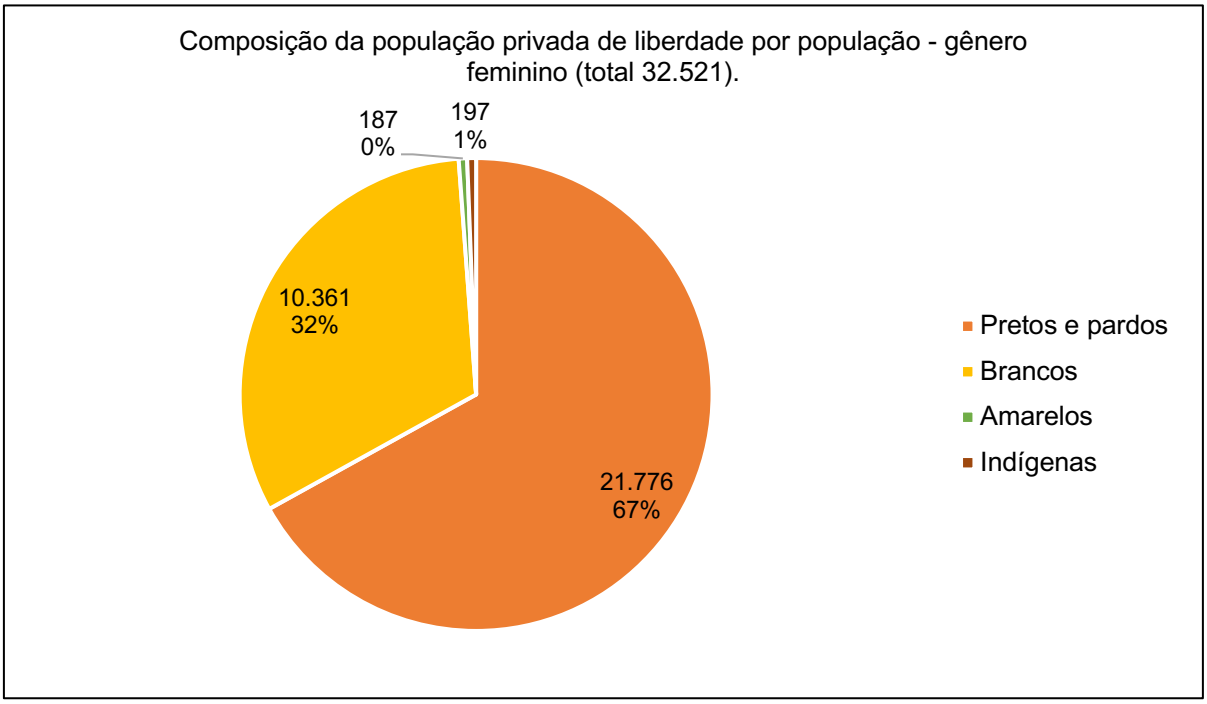
Gráfico 1 - Composição da população privada de liberdade por população - gênero masculino (janeiro a junho de 2022).



Fonte: SISDEPEN - Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias referente ao período de janeiro a junho de 2022 (2022)[1056].

[1054] NASCIMENTO, Abdias do. *O genocídio negro brasileiro: processo de um racismo mascarado*. São Paulo: Editora Perspectiva, 2016.
[1055] SILVA, Tainan Maria Guimarães Silva e. *O colorismo e suas bases históricas discriminatórias*. Direito UNIFACS – Debate Virtual, nº 201, 2017, p. 9. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/4760/3121>. Acesso em: 29 jul. de 2022.
[1056] BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. SISDEPEN. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – janeiro a junho de 2022*. Brasília, 2022. Disponível em:

Gráfico 2 - Composição da população privada de liberdade por população - gênero feminino (janeiro a junho de 2022).



Fonte: SISDEPEN - Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias referente ao período de janeiro a junho de 2022 (2022)[1057].

De acordo com a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) de 2019 do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a população autodeclarada preta ou parda corresponde a 56,1% do total, ao passo que a população autodeclarada branca corresponde a 42,7%[1058]. É nítido, portanto, o desequilíbrio quando comparada a população privada de liberdade e a população em liberdade, portanto.

<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiNWQ0ODM1OTQtMmQ2Ny00M2IyLTk4YmUtMTdhYzI4N2ExMWM3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 28 de nov. de 2022.

[1057] BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. SISDEPEN. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – janeiro a junho de 2022*. Brasília, 2022. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiNWQ0ODM1OTQtMmQ2Ny00M2IyLTk4YmUtMTdhYzI4N2ExMWM3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 28 de nov. de 2022.

[1058] IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua: Características gerais dos moradores 2020/2021*. Brasília, 2022, p. 1. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101957_informativo.pdf>. Acesso em: 24 de jul. 2022.

No tocante às faixas etárias, o “Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias” do SISDEPEN afirma não possuir informações a respeito de 43,3% dos indivíduos presos em prisão domiciliar (76.003), 5,46% população da privada de liberdade em celas físicas do sistema estadual (35.722) e 0,21% da população privada de liberdade em celas físicas do sistema federal (6). Embora o “12º Ciclo – INFOPEN” apresente as faixas etárias distinguindo indivíduos do gênero masculino e feminino, não há distinção quanto às prisões em celas físicas e domiciliares.

Partindo do “Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias” do SISDEPEN[1059], é possível concluir que a população privada de liberdade em celas físicas do sistema estadual é composta em sua maioria por pessoas menores de 30 anos (42,36%). Após, temos as pessoas entre 35 e 45 anos, que correspondem a 23,2%, seguidas das pessoas entre 30 e 34 anos, que representam 18,47%. Os indivíduos maiores de 46 anos e menores de 61 correspondem a 8,7%, e os maiores de 60 anos correspondem a 1,81%.

No sistema federal, por sua vez, a maioria esmagadora é formada por indivíduos de 35 a 45 anos (51,66%). Em seguida temos os indivíduos de 46 a 60 anos (20,95%), 30 a 34 anos (18,05%), 25 a 29 anos (5,6%), maiores de 60 anos (2,28%) e menores de 25 anos (0,21%). Importante recordar que, enquanto há somente 482 indivíduos privados de liberdade em estabelecimentos federais, há 654.704 indivíduos em celas físicas de estabelecimentos estaduais, segundo o SISDEPEN[1060].

Por fim, no tocante às prisões domiciliares, em que pese não haver informação acerca de 46,48% dos indivíduos privados de liberdade, nota-se um padrão semelhante às prisões em celas físicas de estabelecimentos estaduais. A maior parte da população é composta por indivíduos menores do que 30 anos (23.05%). Em

---

[1059] BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. SISDEPEN. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – janeiro a junho de 2022*. Brasília, 2022. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiNWQ0ODM1OTQtMmQ2Ny00M2IyLTk4YmUtMTdhYzI4N2ExMWM3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 28 de nov. de 2022.

[1060] BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. SISDEPEN. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – janeiro a junho de 2022*. Brasília, 2022. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiNWQ0ODM1OTQtMmQ2Ny00M2IyLTk4YmUtMTdhYzI4N2ExMWM3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 28 de nov. de 2022.

seguida temos os indivíduos de 35 a 45 anos (14,8%), 30 a 34 (11,03%), 46 a 60 (6,27%) e maiores de 60 anos (1,56%)[1061].

Ao analisar quais crimes foram praticados pelos indivíduos privados de liberdade no Brasil (considerando indivíduos presos em celas físicas e em prisão domiciliar, conforme a aba "Quantidade de Incidências por Tipo Penal, do "Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias" do SISDEPEN[1062]), chama atenção o fato de que crimes patrimoniais e crimes relacionados a drogas (Lei nº 11.343/2006 e Lei nº 6.368/1976), representem praticamente 70% do total (69,12%). Os crimes contra a Administração Pública ou de Particulares contra a Administração Pública, por sua vez, só superam 1% das incidências quando analisamos a prisões em celas físicas no sistema federal, não ultrapassando essa porcentagem em nenhum outro recorte (gênero masculino privado de liberdade em celas físicas do sistema estadual, gênero feminino privado de liberdade em celas físicas do sistema estadual, gênero masculino privado de liberdade em prisão domiciliar e gênero feminino privado de liberdade em prisão domiciliar)[1063].

Entre os indivíduos do gênero masculino privados de liberdade em celas físicas 27,65% do total de incidências por tipo penal no sistema estadual corresponde a crimes relacionados a drogas, enquanto 41,07% correspondem a crimes patrimoniais. Completam o quadro geral os crimes contra a pessoa (15,01%), crimes previstos em "legislação específica" (7,55%), crimes contra a dignidade sexual (5,83%), crimes contra a paz pública (1,89%), crimes contra a fé pública (0,65%), crimes contra a Administração Pública (0,19%) e crimes praticados pelo particular contra a

---

[1061] BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. SISDEPEN. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – janeiro a junho de 2022*. Brasília, 2022. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiNWQ0ODM1OTQtMmQ2Ny00M2IyLTk4YmUtMTdhYzI4N2ExMWM3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 28 de nov. de 2022.

[1062] BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. SISDEPEN. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – janeiro a junho de 2022*. Brasília, 2022. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiNWQ0ODM1OTQtMmQ2Ny00M2IyLTk4YmUtMTdhYzI4N2ExMWM3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 28 de nov. de 2022.

[1063] BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. SISDEPEN. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – janeiro a junho de 2022*. Brasília, 2022. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiNWQ0ODM1OTQtMmQ2Ny00M2IyLTk4YmUtMTdhYzI4N2ExMWM3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 28 de nov. de 2022.

Administração Pública (0,17%)[1064]. No sistema federal, por sua vez, 28,98% do total corresponde a crimes relacionados a drogas, 31,15% correspondem a crimes patrimoniais, 18,01% aos crimes contra a pessoa, 10,18 aos crimes previstos em "legislação específica", 0,49 aos crimes contra a dignidade sexual, 4,96% aos crimes contra a paz pública, 4,56% aos crimes contra a fé pública, 0,09% aos crimes contra a Administração Pública e 1,59% aos crimes praticados pelo particular contra a Administração Pública[1065].

Entre os indivíduos do gênero feminino privados de liberdade em celas físicas, 54,85% do total de incidências corresponde a crimes relacionados a drogas, enquanto 23,9% correspondem a crimes patrimoniais. Completam o quadro geral os crimes contra a pessoa (12,4%), crimes previstos em "legislação específica" (3,95%), crimes contra a dignidade sexual (2,46%), crimes contra a paz pública (1,57%), crimes contra a fé pública (0,6%), crimes contra a Administração Pública (0,17%) e crimes praticados pelo particular contra a Administração Pública (0,09%)[1066]. 830714 785224 45490

No que diz respeito ao grau de escolaridade da população privada de liberdade, destaca o "12º Ciclo – INFOPEN" que, embora não haja informação sobre 19,38% dos indivíduos do gênero masculino, 43,41% não possuem o ensino fundamental completo (2,49% são analfabetos). Entre os indivíduos do gênero feminino, 33,79% não possuem o ensino fundamental completo (1,48% são analfabetos)[1067].

Como é possível notar, o indivíduo privado de liberdade no Brasil possui um perfil, tanto considerando o gênero feminino quanto masculino. É, majoritariamente, preto ou pardo, jovem, não concluiu o ensino fundamental e, provavelmente, foi preso pelo cometimento de um delito contra o patrimônio ou relacionado à legislação de drogas.

Destacamos em momento anterior que a superação do paradigma etiológico nos leva a abandonar as noções de crime e de criminoso como dados ontológicos,

---

[1064] BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. SISDEPEN. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – janeiro a junho de 2022*. Brasília, 2022. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiNWQ0ODM1OTQtMmQ2Ny00M2IyLTk4YmUtMTdhYzI4N2ExMWM3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 28 de nov. de 2022.

[1065] Ibidem.

[1066] Ibidem.

[1067] BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. SISDEPEN. *12º Ciclo – INFOPEN. jan-jun 2022. Nacional*. Brasília, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios-e-manuais/relatorios/relatorios-analiticos/br/brasil-junho-2022.pdf>. Acesso em: 28 de nov. 2022.

preconcebidos, de modo que esses conceitos devem ser compreendidos como resultados de processos ligados à reação das instâncias formais de controle social[1068]. Crime, na realidade, é o fato percebido como crime, enquanto o criminoso é o indivíduo percebido dessa forma. Não é verdade, portanto, que a população preta e parda jovem cometa mais crimes. Os pretos e pardos são mais vulneráveis ao sistema penal; são alvos preferenciais da criminalização secundária, como são das demais formas de violência[1069]. Não se trata do perfil do criminoso médio, mas do perfil do criminalizado médio, demonstrando a seletividade do sistema penal denunciada, entre tantos outros, por Eugenio Raúl Zaffaroni[1070].

Embora os bancos de dados disponibilizados no Brasil não ofereçam uma quantidade significativa de respostas concretas a respeito do sistema prisional, foi possível demonstrar que a planificação da pena privativa de liberdade que não se realiza. Inclusive, a ausência de inúmeras informações primárias e relevantes aponta para uma das duas conclusões: ou não se tem controle da operacionalidade do sistema ou ela não se pretende apresentá-lo ao público.

[1068] ANIYAR DE CASTRO, Lola; CODINO, Rodrigo. *Manual de Criminologia Sociopolítica*, p. 218.

[1069] Em 2019, 77% das vítimas de homicídio no Brasil eram pretas ou pardas (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA; FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Atlas da violência, 2021*. São Paulo: FBSP, 2021, p. 9. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/artigos/1375-atlasdaviolencia2021completo.pdf>. Acesso em 29 de jul. de 2022).

[1070] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Trad. Vania Romero Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. 5. ed, 6. reimp. Rio de Janeiro: Revan, 2018.

6. A aferição da racionalidade do discurso jurídico-penal como condição de legitimidade do sistema penal pátrio.

A partir do discurso jurídico-penal adotado pelo Brasil no tocante à finalidade da pena, bem como dos dados (possíveis) acerca da prática da pena privativa de liberdade, é possível proceder ao exame de sua racionalidade e, por conseguinte, da legitimidade do sistema penal pátrio.

O sistema penal, entendido como "complexa manifestação do poder social", pretende se mostrar, conforme Eugenio Raúl Zaffaroni, "como um exercício de poder planejado racionalmente"[1071]. A racionalidade seria extraída do discurso jurídico-penal que o sustenta e, portanto, não somente o discurso deve ser racional, como o sistema penal deve atuar em conformidade a ele[1072]. Conforme destacamos, afirma Eugenio Raúl Zaffaroni que o discurso jurídico-penal só pode ser considerado racional se for verificada a coerência interna (precisa ser coerente) e se houver valor de verdade quanto à operatividade social (precisa ser verdadeiro)[1073].

Identificamos que a forma pela qual o Brasil pretende alcançar o fundamento político da pena (diminuir a violência e possibilitar a vida em comum respeitando a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais) é pela adição de premissas retributivas e preventivas, sem que se exclua nenhuma delas explicitamente. Especificamente na fase de execução da pena, haveria uma preferência à prevenção especial positiva, como acentua Alamiro Velludo Salvador Netto[1074].

6.1. A coerência interna do discurso jurídico-penal.

Sustentamos que não há coerência interna no discurso jurídico-penal brasileiro referente à finalidade da pena. Conforme Eugenio Raúl Zaffaroni, só é possível afirmar a coerência interna do discurso jurídico-penal se houver (i) ausência de contradição entre seus enunciados, e (ii) ausência de contradição com o ordenamento constitucional e os documentos produzidos pela comunidade jurídica internacional em

---

[1071] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*, p. 16.
[1072] Ibidem, p. 16.
[1073] Ibidem, p. 16.
[1074] SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Finalidades da pena, conceito material de delito e sistema penal integral*. 2008. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2008, pp. 205-207. doi: 10.11606/T.2.2008.tde-1702209-160214.

matéria de direitos humanos[1075] – do que deriva a necessária consideração do homem como pessoa capaz de se determinar em conformidade com um sentido[1076], ou seja, a consideração de sua dignidade.

A crise já se revela na primeira parte do exame. A teoria mista aditiva é amplamente criticada pela doutrina especializada, como já destacamos, sendo sintomática a afirmação de Claus Roxin: "graças a Deus que de momento não se pratica nem se defende seriamente esta teoria"[1077]. Não há como sustentar a ausência de contradição entre enunciados de um discurso jurídico-penal que se pauta na soma de três construções (retribuição, prevenção especial e prevenção geral) amplamente distintas sobre a finalidade da pena. O problema é ainda mais grave, contudo: retribuição, prevenção especial e prevenção geral são construções que apresentam uma ampla gama de desdobramentos, e não há como assegurar a exclusão ou adoção de uma significativa quantidade dessas vertentes pelo ordenamento jurídico brasileiro. Sequer é possível, portanto, afirmar quantas contradições existem, somente que existem. Se, como demonstramos, a ideia de estabelecer uma relação dialética entre retribuição, prevenção geral e prevenção especial apresenta sensíveis perigos e não pode ser aceita, a ideia de meramente somá-las é muito pior e revela uma "desorientação teórica"[1078] que viabiliza o arbítrio judicial, uma vez que corresponde à adoção de "uma pluralidade de discursos legitimadores capazes de racionalizar qualquer punição pela escolha da teoria mais adequada para o caso concreto"[1079].

O artigo 59 do Código Penal estabelece que o juiz deverá fixar a pena "conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime". Retribuir e prevenir são objetivos distintos com premissas igualmente distintas. A pena que busca retribuir, por exemplo, se volta preponderantemente ao passado, enquanto a que almeja a prevenção tem como principal foco o futuro. Explorando a questão, poderíamos destacar que os raciocínios retributivos de Immanuel Kant e Georg Wilheim Friedrich Hegel (já distintos entre si), por exemplo, não admitem que a pena instrumentalize o ser humano em prol de um objetivo coletivo, por mais nobre que

---

[1075] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Trad. Vania Romero Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. 5. ed, 6. reimp. Rio de Janeiro: Revan, 2018, p. 17.
[1076] Ibidem, p. 17.
[1077] ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Trad. Ana Paula dos Santos; Luís Natscheradetz. 3. ed. Lisboa: Vega, 2004, p. 44.
[1078] Ibidem, p. 44.
[1079] SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008, p. 493.

aparente ser, ao passo que as construções preventivo-gerais necessariamente o farão. Ainda, é possível afirmar que a pena proporcional não necessariamente previne, ao passo que a pena que pretende prevenir pode não ser proporcional. Prosseguindo, a pena que se pretende suficiente à prevenção da erosão da configuração normativa real da sociedade pode ser excessivamente rigorosa ou branda para alcançar finalidades preventivo-especiais. Há uma quantidade incalculável de objeções e contradições e, como percebe Juarez Cirino dos Santos, a opção por uma teoria mista aditiva corresponde à adoção de "uma pluralidade de discursos legitimadores capazes de racionalizar qualquer punição pela escolha da teoria mais adequada para o caso concreto"[1080]. Cada uma das construções apresentadas neste trabalho possui características singulares, como vimos, e, assim, é ilógico acreditar que a adoção simultânea de todas possa resultar em um discurso internamente coerente, capaz de alcançar o fundamento político atribuído à pena e de racionalizar o sistema penal. Acreditamos ser impossível sustentar a ausência de contradição interna em um discurso que tão somente justapõe finalidades da pena.

É preciso reafirmar, igualmente, a contradição interna contida na Lei de Execução Penal. O artigo inaugural da Lei de Execução Penal estabelece que a ela tem por objetivo propiciar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado, do que se depreende o viés preventivo-especial positivo que deve orientar a execução da pena no Brasil. O Regime Disciplinar Diferenciado contido nesse mesmo diploma legislativo, contudo, se apresenta como uma medida puramente preventivo-especial negativa. Embora se trate uma sanção disciplinar, a legislação admite a possibilidade de cumprimento integral da pena de acordo com esse rígido regramento (mesmo que o apenado sequer tenha incorrido em falta disciplinar, como já demonstramos), dada a possibilidade de renovações sucessivas. Assim, desde o discurso, é permitido que a pena privativa de liberdade assuma um viés puramente preventivo-especial negativo (neutralização e intimidação) com base em critérios arbitrários, tornando a contradição é evidente: a Lei de Execução Penal busca propiciar condições para a harmônica integração social do condenado, mas, caso haja fundadas suspeitas de seu envolvimento ou participação, a qualquer título, em organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, ou se apresentar alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade, se

[1080] SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008, p. 493.

admite a sua neutralização – por tempo indeterminado e com o aval da própria lei –, como se fosse um animal perigoso.

Prosseguindo, a racionalidade do discurso jurídico-penal também depende da ausência de contradição com o ordenamento constitucional e os documentos produzidos pela comunidade jurídica internacional em matéria de direitos humanos[1081], sempre tendo em vista a dignidade da pessoa humana e, portanto, o ser humano enquanto fim em si mesmo, a quem o direito deve servir (ontologia regional do homem ou antropologia filosófica básica, conforme Eugenio Raúl Zaffaroni[1082]).

Nos capítulos 2, 3 e 4 examinamos as consagradas teorias da pena. Ainda que o ordenamento jurídico brasileiro não especifique se adotamos, em termos de prevenção geral positiva, a vertente fundamentadora ou limitadora, ou se adotamos o programa máximo ou mínimo em termos de prevenção especial positiva, por exemplo, restou suficientemente demonstrado que, em última análise, qualquer das propostas encontrará óbices na ordem constitucional e nos documentos internacionais em matéria de direitos humanos.

Ensaiando uma breve recapitulação, uma vez que já trouxemos as críticas e as desenvolvemos nos capítulos anteriores, nos convém destacar que as propostas retributivas oferecem, no máximo, um critério orientador do *quantum* da pena imposta, ou seja, de proporcionalidade[1083]. Afronta a lógica constitucional, todavia, a afirmação de que a pena não precisaria produzir qualquer ganho para que estivesse justificada. Há uma violação ao princípio da lesividade, inclusive, quando se defende que haveria razão para punir a injustiça intrínseca a certos fatos, independentemente da existência de um dano social ou da lesão de um bem jurídico[1084]. Nesse ponto, fundamental retomar o raciocínio de Jorge de Figueiredo Dias, destacando que a relação entre pena e culpa não é biunívoca[1085], ou seja, mesmo que toda pena suponha a culpa, nem toda culpa supõe a pena. Ao contrário de fundamentar a pena, portanto, as

---

[1081] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Trad. Vania Romero Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. 5. ed, 6. reimp. Rio de Janeiro: Revan, 2018, p. 17.
[1082] Ibidem, p. 17.
[1083] ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al*. *Direito Penal brasileiro: primeiro volume – Teoria geral do Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 143.
[1084] GRECO, Luís. *A ilha de Kant.* In: GRECO, Luís; MARTINS, António Carvalho (Org.). *Direito penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70° aniversário em 2 de setembro de 2012*. Madrid: M. Pons, 2012, p. 278.
[1085] DIAS, Jorge de Figueiredo, op. cit., p. 71.

teorias da retribuição pressupõem a sua necessidade[1086], não respondendo adequadamente por que está justificado castigar[1087] e autorizando modelos não liberais de Direito Penal máximo[1088].

O raciocínio preventivo, por sua vez, encontra a dificuldade de superar a objeção kantiana a respeito da impossibilidade de instrumentalizar o ser humano, sob pena de violar sua dignidade. As propostas de prevenção geral, por exemplo, dependem da transformação do ser humano em instrumento para que se concretize (i) a ameaça, (ii) a manutenção do ordenamento jurídico enquanto esquema de orientação dominante, (iii) o reforço e conservação à confiança na firmeza e vigência do ordenamento jurídico ou (iv) o asseguramento e afirmação de normas fundamentais e formalizadoras. Além disso, ao não considerar o ser humano como pessoa (a quem o direito deve servir, jamais o inverso), viola-se a antropologia filosófica básica apontada por Eugenio Raúl Zaffaroni como requisito à coerência interna do discurso jurídico-penal[1089], sem olvidar o menosprezo à culpabilidade, visto que a medida da pena tenderá à necessidade preventiva, não à medida da culpa. As propostas de prevenção especial compartilham desse último óbice, não se sustentando no Estado Democrático de Direito. As teorias positivas costumam ignorar a autonomia individual (e dignidade) do apenado, impondo-lhe um conjunto de valores pretensamente consensuais, por exemplo, como se fosse um ser em situação de inferioridade[1090]. As negativas, por sua vez, visam tão simplesmente a segregação do indivíduo para que sofra indeterminadamente ou morra, o que é intolerável. Diante do fato de que a dignidade da pessoa humana é limite e tarefa do Estado, todos os instrumentos à disposição do Direito Penal devem se adequar a ela e, de igual maneira, à lógica de garantia e contenção de violência, não à nebulosa meta de segurança e defesa social[1091].

[1086] ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. 3. ed. Lisboa: Vega, 2004, p. 17.
[1087] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral – arts. 1º a 120*. 28. ed. São Paulo: Saraivajur, 2022, p. 160.
[1088] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 208.
[1089] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Trad. Vania Romero Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. 5. ed, 6. reimp. Rio de Janeiro: Revan, 2018, pp. 16-17.
[1090] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro, parte geral*. 13. ed. São Paulo: Thomas Reuters Brasil, 2019, p. 103.
[1091] VANZOLINI, Patricia. *Teoria da pena: sacrifício, vingança e direito penal*. São Paulo: Tirant lo Blanch: 2019, p. 64.

É preciso também apontar a incoerência do Regime Disciplinar Diferenciado com o ordenamento constitucional e os documentos produzidos pela comunidade jurídica internacional em matéria de direitos humanos, uma vez que, além de sua natureza ser questionável enquanto proposta de caráter preventivo-especial negativo, a legislação permite a subversão do propósito da execução penal para um modelo autoritário e eliminatório com base em suspeitas ou indícios, violando, assim, a presunção de inocência consagrada pelo ordenamento constitucional e reforçando a sua incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito.

Por fim, como argumentado, reafirmamos que a teoria mista aditiva se apresenta como a pior das soluções. Conforme Fabio Bozza e Jackson Zilio: "se todas as fundamentações são falhas, defeituosas e politicamente reacionárias, a mera adição de teorias não faz mais que somar defeitos"[1092]. Reforçando a posição anteriormente apresentada, insistimos que as propostas dialéticas também apresentam esses problemas e, como percebe Patricia Vanzolini, englobar finalidades oriundas de sistemas jusfilosóficos diversos potencializa os defeitos que elas isoladamente apresentam e maximiza os riscos de descontrole e ingerência estatal[1093], além de se tratar de opção cientificamente questionável[1094].

O discurso jurídico-penal brasileiro referente à finalidade da pena, portanto, é irracional porque seus enunciados internos são contraditórios, mas não é só: também é incoerente com a "premissa antropológica filosófica básica"[1095] positivada pelo ordenamento constitucional e pela comunidade jurídica internacional, diante da qual se impõe a consideração do ser humano como pessoa[1096] e, por conseguinte, dotado de intrínseca dignidade, a quem o direito deve servir.

Já seria possível afirmar a ilegitimidade do sistema penal pátrio desde esse ponto. O exame da racionalidade do discurso jurídico-penal, todavia, não se exaure aqui, sendo igualmente necessário verificar o seu valor de verdade quanto à

[1092] BOZZA, Fabio; ZILIO, Jackson, op. cit., p. 138.
[1093] VANZOLINI, Patricia. *Teoria da pena: sacrifício, vingança e direito penal*. São Paulo: Tirant lo Blanch: 2019, p. 90.
[1094] Ibidem, p. 88.
[1095] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Trad. Vania Romero Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. 5. ed, 6. reimp. Rio de Janeiro: Revan, 2018, p. 17.
[1096] Ibidem, p. 17.

operatividade social, segundo os critérios formulados Eugenio Raúl Zaffaroni[1097], que adotamos neste trabalho.

6.2. O valor de verdade quanto à operatividade social do discurso jurídico-penal.

Mesmo que se considere um discurso jurídico-penal antropologicamente fundamentado e coerente em suas premissas, não é possível afirmar sua racionalidade, como destaca o Eugenio Raúl Zaffaroni, caso a realização social seja impossível ou totalmente diferente de sua programação, uma vez que "a projeção social efetiva da planificação explicitada no discurso jurídico-penal deve ser minimamente verdadeira, ou seja, deve realizar-se em alguma medida"[1098]. Em outras palavras, é preciso que a planificação (dever ser) do discurso jurídico-penal seja um "ser que ainda não é", não um "ser que nunca será"[1099]. Não basta a coerência interna, portanto: o discurso deve ser verdadeiro quanto à operatividade social.

A planificação do discurso jurídico-penal deve satisfazer dois níveis de verdade quanto à operatividade social para que se considere racional. O primeiro desses níveis é o abstrato. A planificação deve ser considerada "um meio adequado para a obtenção dos fins propostos"[1100]. O segundo é o concreto. Os integrantes do sistema penal devem agir em conformidade à planificação do discurso jurídico-penal ("adequação operativa mínima conforme planificação"[1101]).

No que diz respeito ao nível abstrato de verdade quanto à operatividade social, portanto, nos é dada a tarefa de verificar se a planificação do discurso jurídico-penal é adequada para diminuir a violência e possibilitar a vida em comum, respeitando-se a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais (fundamento político da pena no Estado Democrático de Direito).

Como já destacamos, estabelece o artigo 59 do Código Penal que, ao aplicar a pena, o julgador considerará a medida necessária e suficiente para reprovação e

---

[1097] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Trad. Vania Romero Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. 5. ed, 6. reimp. Rio de Janeiro: Revan, 2018, p. 16.
[1098] Ibidem, p. 18.
[1099] Raciocínio exposto em: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Trad. Vania Romero Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. 5. ed, 6. reimp. Rio de Janeiro: Revan, 2018, p. 18-19.
[1100] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Trad. Vania Romero Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. 5. ed, 6. reimp. Rio de Janeiro: Revan, 2018, p. 18.
[1101] Ibidem, p. 19.

prevenção do crime. Ocorre que a falta de clareza sobre os parâmetros e finalidades adotadas permitem que o julgador defenda, sem ofender o discurso-jurídico penal, a incidência de penas amplamente distintas para um mesmo caso, fulminando a segurança jurídica, como bem ilustra Gustavo Octaviano Diniz Junqueira[1102]. Imaginando um juiz de grande prestígio social que, após ser eleito ao cargo de Governador, comete crimes graves de fraude à licitação, o autor sustenta que a pena que pretenda retribuir a reprovabilidade da conduta será distinta da pena que prestigie a ressocialização do apenado, que por sua vez será distinta da pena que busque prevenir condutas semelhantes[1103].

Nesse contexto de indefinição e insegurança, para que seja possível aferir se a planificação do discurso jurídico-penal é adequada para diminuir a violência e possibilitar a vida em comum, respeitando-se a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, devemos nos atentar à duas questões, essencialmente. A primeira delas é se, de fato, as propostas retributivas e preventivas adotadas pelo ordenamento jurídico brasileiro seriam aptas a concretizar o fundamento político da pena. Em segundo lugar, devemos questionar o que assegura a capacidade do julgador de definir, em meio a tantas possibilidades, qual seria a melhor solução a cada caso concreto e, portanto, qual caminho seria adequado à realização do fundamento político da pena.

No que toca a primeira questão, acreditamos na existência de um óbice intransponível para que se verifique a aptidão das propostas retributivas e preventivas adotadas pelo ordenamento jurídico brasileiro para o cumprimento da referida tarefa. Como destacamos ao analisar da coerência interna do discurso jurídico-penal, retribuição, prevenção especial e prevenção geral são construções que apresentam uma ampla gama de desdobramentos, e não há como assegurar a exclusão ou adoção de uma significativa parcela dessas vertentes pelo ordenamento jurídico pátrio. Deste modo, a afirmação de que o Brasil adota a teoria mista aditiva para fixar a pena não redunda em uma resposta satisfatória para a questão que se impõe, pois não é possível identificar, sequer, o meio pelo qual se pretende alcançar o fundamento político da pena. A ideia de somar propostas retributivas e preventivas é tentadora

---

[1102] JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri/SP: Manole, 2004, pp. 116-118.

[1103] Simplificação do exemplo formulado por Gustavo Octaviano Diniz Junqueira (*Finalidades da pena*. Barueri/SP: Manole, 2004, p. 117).

porque, como dito, surge do afã de solucionar os problemas apresentados pelas propostas quando examinadas em sua individualidade. Contudo, declarar a adoção de diversas ideias contraditórias, sem ao menos especificar quais seriam, importa em comprometer a sua eficácia enquanto medida para concretizar o fundamento político da pena e, mais do que isso, ocultar a forma pela qual se pretende fazê-lo. Optar pela teoria mista aditiva nos termos do ordenamento jurídico brasileiro equivale, na realidade, a uma omissão proposital que denota tanto o descaso pela matéria quanto a aposta na capacidade do julgador de definir, em meio a tantas possibilidades, qual seria a melhor solução a cada caso concreto (e qual caminho seria adequado à realização do fundamento político da pena, portanto). Desta forma, em virtude da impossibilidade de se identificar o meio efetivamente eleito para que se concretize o fundamento político da pena, resta prejudicada a análise de adequação do meio ao fim.

Não obstante, antevendo as críticas, insistimos ter sido suficientemente demonstrado que qualquer das propostas preventivas ou retributivas é contraditória com a ordem constitucional e os documentos internacionais em matéria de direitos humanos, o que já é suficiente para refutar a sua adequação para concretizar o fundamento político da pena (e, por conseguinte, sua incoerência com a "premissa antropológica filosófica básica"[1104]). Uma medida não pode ser considerada adequada para atingir determinado fim se desprezar o Estado Democrático de Direito e seus primados. A título de exemplo, reduzir a criminalidade mediante a eliminação sistemática de determinados membros da comunidade é uma medida que só pode ser considerada eficaz sob uma lógica estritamente tecnocrata e, portanto, sem compromisso com justificações morais, pelo que deve ser rejeitada. A busca desenfreada por essa eficiência, como observa Patricia Vanzolini, não é característica de um Estado de Democrático de Direito, mas de um Estado policial e autoritário[1105].

Mesmo assim, independente de a adequação das teorizações retributivas e preventivas ser contestável desde a incoerência com a premissa antropológica filosófica básica apontada, nos importa reafirmar que a própria capacidade das

[1104] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Trad. Vania Romero Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. 5. ed, 6. reimp. Rio de Janeiro: Revan, 2018, p. 17.
[1105] VANZOLINI, Patricia. *Teoria da pena: sacrifício, vingança e direito penal*. São Paulo: Tirant lo Blanch: 2019, pp. 65-66.

referidas teorizações de produzir efeitos concretos (adequação entre meio e fim), diminuindo a violência e a criminalidade, por exemplo, é questionada pela doutrina.

Sobre as teorias da retribuição, é preciso destacar que a ideia de que seria possível compensar um mal com outro mal, ou uma violência com outra violência, não é explicável senão por um ato de fé[1106]. Nesse sentido, Fabio Bozza e Jackson Zilio argumentam que não há "evidência fática que demonstre que a pena tem o poder de neutralizar o delito praticado e, por consequência, reafirmar a ordem jurídica"[1107]. Além disso, como assevera Claus Roxin, a justificação da sanção penal com fundamento na compensação da culpa parte de uma premissa indemonstrável, que é o livre arbítrio[1108], temática que também abordamos.

No que diz respeito à prevenção geral negativa, é preciso recordar que o pressuposto de que o ser humano sempre considera as vantagens e desvantagens de suas ações e toma decisões racionais com o intuito de maximizar o seu prazer e felicidade (*homo economicus*) não é empiricamente comprovável. De início, não se vislumbra qualquer efeito dissuasório da pena diante de pessoas que exercem atividades criminalizadas com regularidade, como chefes de organizações criminosas, ou de indivíduos que cometem crimes por impulso, como homicidas passionais[1109]. Ademais, a suposta eficácia do incremento das penas como mecanismo apto a prevenir a criminalidade é colocada em xeque, como vimos, por Salo de Carvalho, que afirma ser possível constatar a "inexistência de relação causal entre (i) o aumento de penas e a diminuição dos crimes ou entre (ii) a descriminalização e o aumento da criminalidade"[1110]. Ainda, segundo Patricia Vanzolini, "a imagem ilustrada do homem livre e racional é uma premissa metafísica contraditada pela realidade"[1111]. Mesmo que se admitisse que o ser humano pratica ou deixa de praticar um crime segundo essa fórmula (prazer da ação x intensidade do castigo ou de sua ameaça), haveria outras variáveis tão ou mais importantes que são desconsideradas, como a possibilidade de não ser descoberto e punido[1112] – tendo em vista a cifra oculta de

---

[1106] ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Trad. Ana Paula dos Santos; Luís Natscheradetz. 3. ed. Lisboa: Vega, 2004, p. 19.
[1107] BOZZA, Fabio; ZILIO, Jackson, op. cit., p. 39.
[1108] Ibidem, p. 18.
[1109] Ibidem, p. 24.
[1110] CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 69.
[1111] VANZOLINI, Patricia. *Teoria da pena: sacrifício, vingança e direito penal*. São Paulo: Tirant lo Blanch: 2019, p. 45.
[1112] Conforme Cesare Beccaria, por exemplo, é na certeza da punição que reside a possibilidade de sucesso da prevenção geral negativa: "a certeza de um castigo, mesmo moderado, causará sempre a

crimes e “a ineficácia do aparelho persecutório”[1113] –, o ambiente social e cultural, a forma de inserção na comunidade e outros fatores personalíssimos[1114].

Não negamos que uma parcela da sociedade pode, sim, se deixar influenciar pela ameaça da pena, mas concordamos com a criminologia crítica, todavia. Como aponta Salo de Carvalho, “a pena é apenas um fator (e provavelmente o menos importante) dentre as inúmeras circunstâncias que influenciam a prática ou a abstinência de atos ilícitos”[1115], e por isso, na realidade, a questão que se impõe é compreender qual é o fundamento dissuasório mais relevante. Segundo Eugenio Raúl Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar, a prevenção geral negativa é um fenômeno composto de questões éticas, jurídicas e afetivas que ultrapassam o sistema penal e, por essa razão, não é possível afirmar se o efeito dissuasório se opera em virtude do temor da criminalização secundária ou da estigmatização social devida ao fato em si[1116], por exemplo, contestando a ameaça efetivamente exercida pela pena em si.

Por fim, recordamos que uma ínfima parcela dos indivíduos que vive sob a égide de determinado ordenamento jurídico conhecem-no em sua inteireza. Assim, a maioria da população não apenas desconhece boa parte das condutas tipificadas como delitos, mas também ignora as consequências oriundas da sua prática. Se a prevenção geral negativa ocorre desde a ameaça penal[1117] mediante um suposto processo dissuasório que leva o ser humano a abandonar a ideia de praticar a conduta criminosa após sopesar as consequências, é evidente, também por esse motivo, a fragilidade da construção quando contrastada com a realidade social[1118].

Em se tratando da prevenção geral positiva, como aduzimos, tanto as propostas de Günther Jakobs quanto de Claus Roxin e de Winfried Hassemer esbarram na impossibilidade de comprovar a aptidão da pena para salvaguardar

---

impressão mais intensa que o temor de outro mais severo, aliado à esperança de impunidade; pois os males, mesmo os menores, se são inevitáveis, sempre espantam o espírito humano (...)” (op. cit., p. 92)

[1113] JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri/SP: Manole, 2004, p. 67.

[1114] VANZOLINI, Patricia. *Teoria da pena: sacrifício, vingança e direito penal*. São Paulo: Tirant lo Blanch: 2019, p. 45.

[1115] CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial*. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 68-69.

[1116] ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al*. *Direito Penal brasileiro: primeiro volume – Teoria geral do Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 118.

[1117] Consoante a formulação de Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach, já apresentada.

[1118] HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal (Einfürung in die Grundlagen des Strafrechts)*. Tradução da 2ª edição alemã, revisada e ampliada, de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre/RS: Segio Antonio Fabris Editor, 2005, pp. 406-407.

cognitivamente a vigência da norma negada, motivar a fidelidade ao Direito, ou assegurar as normas fundamentais, respectivamente. Caberia aqui a mesma crítica feita às teorias retributivas: as propostas de prevenção geral positiva só têm a eficácia atestada por atos de fé[1119].

A eficácia das teorias de prevenção especial positiva também é contestada. Ao criticar a pena enquanto expiação, Heiko Lesch afirma a impossibilidade de ela cumprir seu objetivo diante de um indivíduo que não demonstra o mínimo sinal de culpa[1120]. Do mesmo modo, a pena puramente preventivo-especial positiva seria ineficaz diante de alguém que não pretenda ser curado ou corrigido, por exemplo. Outra questão pontuada neste trabalho foi a dificuldade de provar que a prevenção especial positiva alcançou seu objetivo. Considerando que a observação humana sempre leva em conta o que é exteriorizado, como ações e falas, "como discernir o que é real daquilo que é simulação, comportamentos e sentimentos fingidos com o intuito de fazer cessar a pena" (tradução nossa)[1121]. Por fim, trazemos novamente o raciocínio de Gustavo Octaviano Diniz Junqueira: as convicções internas não seriam modificáveis pela coação externa, como se pode observar, por exemplo, da ineficácia da repressão operacionalizada pela Inquisição na tentativa de abolir a crença muçulmana ou a repressão dos católicos aos protestantes e vice-versa[1122], pelo que se coloca em xeque, também por esse motivo, a eficácia da prevenção especial positiva.

No tocante às propostas de cunho preventivo-especial negativo, o raciocínio de que é possível induzir o apenado a não reincidir em virtude do sofrimento da pena parte de pressuposto similar ao da prevenção geral negativa. Considera-se que o ser humano sempre analisa as vantagens e desvantagens de suas ações e toma decisões racionais orientado a maximizar o seu prazer e felicidade (*homo economicus*), o que não necessariamente corresponde à realidade, como já destacamos. Além disso, é preciso ressalvar que, na realidade, sequer a prevenção especial negativa previne, uma vez que maneja seus efeitos após a prática do crime[1123], somente impedindo

---

[1119] ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Trad. Ana Paula dos Santos; Luís Natscheradetz. 3. ed. Lisboa: Vega, 2004, p. 19.
[1120] LESCH, Heiko. op. cit., p. 9.
[1121] No original: "cómo discernir lo que sea real de aquello que sea impostura, comportamiento y sentimientos fingidos com el desígnio de hacer cesar la pena?" (HERNÁNDEZ, Héctor H. *Fines de la pena. Abolicionismo, impunidad*. Héctor H. Hernández; Camilo Tale; Ricardo Dip; dirigido por Héctor Hernández. 1. ed. Buenos Aires: Cathedra Jurídica, 2010, p. 313).
[1122] JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri/SP: Manole, 2004, p. 99.
[1123] Ibidem, p. 82.

certos comportamentos – *a posteriori* – mediante a intimidação e a neutralização[1124], e agravando os índices de criminalidade diante do efeito criminógeno do cárcere[1125]. Como também ressaltamos, Patricia Vanzolini reputa ser ingênua a intenção dos defensores da prevenção especial negativa de neutralizar o crime mediante o aprisionamento de corpos criminosos, apontando que muitas das vezes os indivíduos neutralizados são fungíveis dentro de suas organizações[1126].

Em suma, nada obstante o discurso jurídico-penal brasileiro referente à finalidade da pena não permita a identificação precisa do meio eleito para concretizar o fim proposto, acreditamos que qualquer escolha seria inadequada à produção de efeitos concretos e desejáveis, havendo inúmeros entraves relativos à comprovação da eficácia das propostas[1127].

De todo modo, ainda que as propostas retributivas e preventivas fossem consideradas eficazes e coerentes (adequadas à concretização do fundamento político da pena, portanto), exsurge o problema correspondente à segunda questão colocada. Nada garante a capacidade do julgador de definir, em meio a tantas possibilidades, qual seria a melhor solução a cada caso concreto ou, em outras palavras, de eleger, casuisticamente, a melhor forma de alcançar o fundamento político da pena.

Da nossa parte, reputamos duvidosa a assunção de que o julgador seria dotado de uma espécie de prudência superior ou de distinta sensibilidade em relação aos demais indivíduos. Inclusive, tal proposição parece estar arraigada no que Lenio Streck convencionou chamar "solipsismo judicial"[1128], fruto da filiação de qualquer teoria da decisão à filosofia da consciência (paradigma da subjetividade) e característica comum à todas as variações do positivismo jurídico.

[1124] ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al*. *Direito Penal brasileiro: primeiro volume – Teoria geral do Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 128.
[1125] VANZOLINI, Patricia. *Teoria da pena: sacrifício, vingança e direito penal*. São Paulo: Tirant lo Blanch: 2019, p. 63.
[1126] Raciocínio exposto em: VANZOLINI, Patricia. *Teoria da pena: sacrifício, vingança e direito penal*. São Paulo: Tirant lo Blanch: 2019, pp. 63-64.
[1127] Expressão contida em: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Trad. Vania Romero Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. 5. ed, 6. reimp. Rio de Janeiro: Revan, 2018, p. 17.
[1128] Para melhor compreensão e aprofundamento na temática, cf. STRECK, Lenio. *O que é isto – decido conforme minha consciência?*. 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013; STRECK, Lenio. *Verdade e consenso*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017; STRECK, Lenio. STRECK, Lenio. *Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte/MG: Letramento: Casa do Direito, 2017.

Solipsista é “o sujeito que se basta a si próprio”[1129]. Em apertada síntese, o solipsismo judicial se traduz na crença de que qualquer juiz possuiria características próprias e específicas que o tornaria “capaz de dizer o que é bom, justo, certo e verdadeiro para o restante da sociedade, em especial, para aqueles que sofrerão os efeitos de suas decisões, notadamente, as partes”[1130]. Tal crença significa, sem dúvida, uma aposta na discricionariedade judicial, o que é especialmente problemático em razão da dificuldade em distingui-la, na prática, do arbítrio, este sabidamente antidemocrático. Não é com a sua consciência, mas com o Estado Democrático de Direito e seus princípios que o compromisso assumido por todo julgador deve ser mantido no atual paradigma estatal.

Desse modo, é preciso ter cautela com a interpretação conferida ao artigo 59 do Código Penal, especialmente quando se afirma, sem maior aprofundamento ou senso crítico, que teria sido delegada ao julgador a tarefa de casuisticamente ponderar a melhor forma de alcançar o fundamento político da pena: tal entendimento conduz à hipertrofia do papel do julgador (expandindo a subjetividade ao seu limite) e à sua segregação do restante do mundo, oportunizando decisões e interpretações que parecem guardar compromisso com a lei ou a ordem constitucional, mas, na realidade, somente o fazem com sua própria consciência[1131]. Nesse sentido, afirma Dhenis Cruz Madeira que a aposta no solipsismo judicial sacraliza a atividade judicante e enevoa a atividade de julgar, tornando-a inacessível à crítica[1132].

Ainda que as propostas retributivas e preventivas fossem consideradas eficazes e coerentes, portanto, entendemos que a delegação da aludida tarefa ao julgador é perigosa por viabilizar e potencializar o arbítrio judicial. Acrescentamos, inclusive, que conceder essa espécie de “cheque em branco” ao julgador fulmina a segurança jurídica e o próprio princípio da reserva legal, uma vez que a vagueza da expressão “conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime” (artigo 59 do Código Penal), obstaculiza o conhecimento do conteúdo da

---

[1129] STRECK, Lenio. *Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte/MG: Letramento: Casa do Direito, 2017, p. 275.
[1130] MADEIRA, Dhenis Cruz. *O que é solipsismo judicial?*. Revista Jurídica da Presidência, Brasília, v. 22, n. 126, fev./mai. 2020, p. 191-210. Disponível em: https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1916, p. 194.
[1131] STRECK, Lenio. *O que é isto – decido conforme minha consciência?*. 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 69.
[1132] MADEIRA, Dhenis Cruz. *O que é solipsismo judicial?*. Revista Jurídica da Presidência, Brasília, v. 22, n. 126, fev./mai. 2020, p. 191-210. Disponível em: https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1916, p. 194.

norma. Necessário recordar, assim, Juarez Cirino dos Santos, no sentido de que a opção brasileira a respeito da finalidade da pena corresponde à adoção de "uma pluralidade de discursos legitimadores capazes de racionalizar qualquer punição pela escolha da teoria mais adequada para o caso concreto"[1133], o que reafirma sua incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito.

Ainda sobre o nível abstrato de verdade social da planificação do discurso jurídico-penal, é preciso reconhecer que a execução da pena apresenta uma clareza maior acerca do meio eleito para materializar seu fundamento político. Como já apontamos, o artigo inaugural da Lei de Execução Penal estabelece que ela tem por objetivo propiciar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado, do que se depreende o viés preventivo-especial positivo que a orienta. Ainda que tenhamos refutado a coerência e a eficácia das propostas de prevenção especial positiva, afirmando sua inadequação como meio apto à corporificação do fundamento político da pena, a planificação apresentada na Lei de Execução Penal guarda, ao menos, alguma compatibilidade com o ideal que a norteia, pois se depreende do texto o fomento à educação, ao trabalho, ao lazer e a outros mecanismos de integração social (mesmo que existam ruídos como o Regime Disciplinar Diferenciado). Portanto, mesmo que a adequação e coerência interna do discurso sejam contestáveis, é possível identificar alguma congruência na planificação da execução penal.

Superada a análise do nível abstrato, passaremos, a partir deste momento, a examinar o nível concreto de verdade social (adequação operativa mínima conforme planificação"[1134]). É neste ponto que se instala o mais grave distúrbio de racionalidade do discurso jurídico-penal brasileiro.

Diante da vagueza do ordenamento jurídico brasileiro sobre a aplicação da pena (que entendemos se tratar de omissão proposital, como destacado), resta prejudicada a possibilidade de avaliar se a atuação dos integrantes do sistema penal ocorre conforme a planificação do discurso jurídico-penal: desde que adequada a reprovar e prevenir o crime, o julgador estaria autorizado a, dentro dos parâmetros máximos e mínimos de cada tipo penal, impor a reprimenda que considerar adequada. O mesmo não pode ser dito, todavia, da execução penal. Embora a planificação seja

---

[1133] SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008, p. 493.
[1134] Ibidem, p. 19.

extensa e detalhada, a inadequação operativa é evidente. Não por acaso, o Supremo Tribunal Federal declarou o estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro ao iniciar o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 em 2015, aduzindo que ele possui como característica a "violação massiva e persistente de direitos fundamentais"[1135]. O relatório do Conselho Nacional de Justiça intitulado "O sistema prisional brasileiro fora da Constituição – 5 anos depois: Balanço e projeções a partir do julgamento da ADPF 347", datado de junho de 2021, persiste denunciando a mesma situação fática. Bastariam essas constatações para que afirmássemos a inadequação operativa do discurso jurídico-penal, mas é preciso ir além e detalhar o nível de descolamento existente entre teoria e prática.

Os levantamentos nacionais de dados relativos aos estabelecimentos penais têm como marca a insuficiência de informações e, entre as disponíveis, são constatáveis inúmeras contradições. Nesse cenário, como demonstramos no capítulo 5, é simbólico que inexista a informação acerca do número efetivo de vagas disponibilizado para cada regime de cumprimento de pena, o que seria primário para a elaboração de qualquer política criminal. Acreditamos que isso se deva, principalmente, a um rebaixamento do rigor para que se defina o que é uma vaga em estabelecimentos penais.

Como cediço, o Código Penal e a Lei de Execução Penal preveem, de forma expressa, o estabelecimento penal destinado ao cumprimento de cada regime de cumprimento de pena, definindo também o que é mandatório em sua estrutura e as atividades que neles deverão ser desempenhadas. Por conseguinte, a afirmação de que há vagas para o cumprimento de pena privativa de liberdade em regime fechado dentro de uma cadeia pública, por exemplo, é enganosa (por amenizar os índices de lotação) e viola o princípio da reserva legal. Do mesmo modo, o indivíduo que cumpre pena privativa de liberdade em regime semiaberto não pode estar em um estabelecimento penal estruturado como penitenciária, assim como o indivíduo que cumpre pena privativa de liberdade em regime aberto não pode estar em uma cadeia

[1135] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Rel. Ministro Marco Aurélio Mello. Brasília, DF, 9 de setembro de 2015. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília - DF, 19 de fevereiro de 2016, p. 3. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308712125&ext=.pdf>. Acesso em: 3 de jun. de 2022.

pública (ainda que esteja “acomodado” em uma cadeia pública, não se pode considerar que ocupe uma “vaga”).

Por ser desconhecido o número efetivo de vagas para cada regime de cumprimento de pena, é impossível atestar quão distante da planificação é a operatividade do sistema penal. A título de exemplo, o “Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias” do SISDEPEN, explicita os déficits entre o número de “vagas” totais do sistema prisional estadual e o número de indivíduos privados de liberdade em celas físicas, pormenorizando o déficit de cada regime de cumprimento de pena e prisões provisórias. Ocorre que, ao não indicar o número de vagas efetivamente disponibilizadas de acordo com a planificação – pois entre as “vagas” são computadas, por exemplo, espaços em cadeias públicas para o cumprimento de regime semiaberto –, não há como se verificar as verdadeiras taxas de lotação em cada regime[1136], nem para os presos provisórios e, consequentemente, não há como precisar o nível de adequação operativa do sistema prisional. Por essa razão, ousamos afirmar que a exposição do número total de vagas e do número total de indivíduos privados de liberdade em celas físicas, como faz o “Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias” do SISDEPEN (Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional)[1137], corresponde a uma informação superficial e de baixa utilidade prática. Como concluímos no capítulo 5, afirmar a existência de “vagas”, de forma genérica, equivale a não expor a real capacidade de operação do sistema prisional.

De todo modo, ainda que não seja possível atestar com exatidão a distância entre a planificação e a operatividade do sistema penal, é possível, sim, afirmar a inadequação operativa. A versão mais recente do “Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias” do SISDEPEN – janeiro a junho de 2022 – atesta a existência de déficits em todos os regimes de cumprimento de penas e prisões

---

[1136] Retomando o raciocínio exposto no capítulo anterior: um déficit de 100 vagas em um sistema de 1000 vagas representa uma lotação de 110%. Um déficit de 100 vagas em um sistema de 200 vagas representa uma lotação de 150%. A ausência de informação sobre as vagas disponibilizadas para cada regime de cumprimento de pena e para os presos provisórios segundo a planificação inviabiliza o cálculo das taxas de lotação individualizadas.

[1137] BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. SISDEPEN. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – janeiro a junho de 2022*. Brasília, 2022. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiNWQ0ODM1OTQtMmQ2Ny00M2IyLTk4YmUtMTdhYzI4N2ExMWM3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 28 de nov. de 2022.

provisórias no sistema estadual considerando o gênero masculino e, no tocante ao gênero feminino, só haveria superávit considerando o regime fechado[1138].

Como demonstrado no capítulo 5, a única forma coerente de estimar as taxas de lotação do sistema prisional a partir dos relatórios mais recentes é considerar, a partir do "Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias" do SISDEPEN, somente os indivíduos privados de liberdade em estabelecimentos penais destinados ao gênero feminino e masculino, o que corresponde a 94,77% de toda a população prisional, conforme a aba "População Prisional por Estabelecimento", pois não há pormenorização do gênero das populações nos estabelecimentos penais mistos. A partir dos déficits e superávits contidos no próprio "Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias" do SISDEPEN, a despeito da ilegal relativização do conceito de vaga anteriormente destacada, trouxemos resultados que atestam numericamente[1139] a atual superlotação do sistema prisional, especialmente no que toca a população do gênero masculino.

Como se percebe, mesmo com o rebaixamento do rigor quanto ao que seria uma "vaga" no sistema prisional, a superlotação é uma realidade do sistema prisional brasileiro. Recordamos, nesse sentido, que embora não apresente as atuais taxas de lotação, o CNIEP informa que mais da metade dos estabelecimentos penais cadastrados em sua base de dados manteria mais indivíduos sob custódia do que o número de "vagas" disponíveis, estando superlotados[1140]. Em acréscimo, conquanto não sejam os dados mais recentes, uma vez que remontam do terceiro trimestre de 2019, trouxemos as informações do relatório do Conselho Nacional do Ministério Público[1141] para auxiliar a ilustrar o estado de coisas da operatividade do sistema

---

[1138] Destacamos os números nas Tabelas 1 e 2, expostas no capítulo 5.

[1139] Ressaltamos: mesmo desconsiderando o número de presos em estabelecimentos mistos diante da impossibilidade de proceder ao cálculo preciso, dada a ausência de informações do "Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias" do SISDEPEN, é possível afirmar que a inclusão dessa população somente teria o condão de atenuar ou agravar de forma sutil as taxas de lotação, por representar, conforme o SISDEPEN, 5,23% do total de indivíduos em celas físicas (BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. SISDEPEN. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – janeiro a junho de 2022*. Brasília, 2022. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiNWQ0ODM1OTQtMmQ2Ny00M2IyLTk4YmUtMTdhYzI4N2ExMWM3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 28 de nov. de 2022)

[1140] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Cadastro Nacional de Inspeções nos Estabelecimentos (CNIEP)*. Brasília, 2022. Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=e28debcd-15e7-4f17-ba93-9aa3ee4d3c5d&sheet=da3c5032-89ad-48d2-8d15-54eb35561278&lang=pt-BR&opt=ctxmenu,currsel>. Acesso em: 1º de nov. de 2022.

[1141] CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Sistema prisional em números*. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/sistema-prisional-em-numeros>. Acesso em: 22 de jul. de 2022.

carcerário. Sem a pretensão de repetir todos as estimativas apresentadas em momento anterior, nos importa reforçar que, no tocante ao gênero masculino, nenhum regime de cumprimento de pena apresentava taxas de lotação inferiores a 150%, e esse número chegava a 177,72% nas prisões provisórias. No que diz respeito ao gênero feminino, apenas o regime fechado não estaria superlotado.

A demonstração numérica da superlotação do sistema carcerário brasileiro é suficiente para afirmar que o discurso jurídico-penal pátrio é irracional, pois atesta inadequação operativa mínima conforme a planificação. Nas penitenciárias, por exemplo, estabelece a Lei de Execução Penal que o apenado permanecerá alojado em cela individual que contará com dormitório, aparelho sanitário e lavatório, e cujos requisitos básicos são a área mínima de seis metros quadrados e a salubridade do ambiente pela concorrência de fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana (artigo 88). Se a superlotação é uma realidade, é seguro dizer que a referida disposição legal é desatendida. Ainda, submeter qualquer indivíduo ao cumprimento de pena privativa de liberdade em um ambiente superlotado viola não apenas o princípio da reserva legal, mas igualmente o princípio da humanidade das penas (consagrado em inúmeros tratados internacionais de direitos humanos[1142] e no texto constitucional brasileiro), e a dignidade da pessoa humana, limite e tarefa do Estado Democrático de Direito.

Antecipando eventuais críticas no sentido de que uma taxa de superlotação baixa não necessariamente importaria em graves violações, recordamos, por exemplo o relatório “Inspeções em Presídios Durante a Pandemia da COVID-19”[1143], disponibilizado em abril de 2022 pela Defensoria Pública do estado de São Paulo. Três em cada quatro estabelecimentos vistoriados sequer distribuem colchões aos indivíduos custodiados. Há apenas laminados de espuma que devem ser divididos

[1142] Na Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece o artigo 5º que ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante. Nas Regras de Mandela (Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos), é expressa a Regra 43, item 1, ao dispor que “em nenhuma hipótese devem as restrições ou sanções disciplinares implicar em tortura ou outra forma de tratamento ou sanções cruéis, desumanos ou degradantes”. De igual maneira, é expresso o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da ONU (artigo 10, item 1), a Convenção Americana de Direitos Humanos (artigo 5º), entre outros documentos internacionais de direitos humanos.

[1143] DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Núcleo Especializado de Situação Carcerária. *Inspeções em presídios durante a pandemia da covid-19*. São Paulo, abril de 2022. Disponível em: <https://www.defensoria.sp.def.br/documents/20122/9ed2ceeb-869f-17d8-6039-94d90f0cabbc>. Acesso em: 29 de jul. de 2022.

entre as pessoas e, com frequência, estão sujos e propagam doenças[1144]. Pouco mais de um quinto dos estabelecimentos vistoriados forneceria água por período inferior a uma hora diária, pouco mais do que um décimo deles fornece por mais de seis horas[1145]. Em alguns estabelecimentos penais não havia, sequer, vasos sanitários, mas buracos sem tampa ou vedação próximos aos laminados de espuma onde os indivíduos são obrigados a dormir[11461147], havendo também infestações de insetos e pragas que causam doenças e alergias em diversos estabelecimentos[1148]. Não há o mínimo de higiene. Submeter indivíduos à privação de liberdade nessas condições constitui uma violação frontal ao objetivo primeiro da execução penal, que é a prevenção especial positiva, bem como ao princípio da humanidade das penas, ao princípio da reserva legal e à própria dignidade da pessoa humana.

Como afirmamos, embora seja possível concluir pela irracionalidade do discurso jurídico-penal brasileiro a partir do quadro de superlotação do sistema carcerário, os dados expostos no capítulo 5 também permitem notar outras questões que robustecem a apontada conclusão. Partindo da constatação do Conselho Nacional de Justiça no sentido de que "o conceito de vaga não se encerra na existência de um leito em uma cela. Deve englobar o acesso a assistências que são garantidas por lei às condições de vida"[1149], abrem-se novos campos de análise.

Expusemos nas tabelas 10, 11 e 12, no capítulo 5, os dados do CNIEP sobre uma série de itens ou requisitos estruturais dos estabelecimentos penais cadastrados A partir desses dados, denunciamos a precariedade da estrutura prisional e inadequação operativa da planificação do discurso jurídico-penal, que não se realiza sob diversos prismas. O entendimento geral é que as assistências abrangidas pela

---

[1144] DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Núcleo Especializado de Situação Carcerária. *Inspeções em presídios durante a pandemia da covid-19*. São Paulo, abril de 2022. Disponível em: <https://www.defensoria.sp.def.br/documents/20122/9ed2ceeb-869f-17d8-6039-94d90f0cabbc>. Acesso em: 29 de jul. de 2022, pp. 20-22.

[1145] Ibidem, p. 58.

[1146] Ibidem, p. 30.

[1147] No Centro de Detenção Provisória de Suzano, por exemplo, as pessoas privadas de liberdade são obrigadas a fazer as necessidades fisiológicas no ralo do chuveiro, dado que todas as privadas estavam quebradas (Ibidem, p. 34).

[1148] Ibidem, pp. 37-41.

[1149] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *O sistema prisional brasileiro fora da Constituição – 5 anos depois: Balanço e projeções a partir do julgamento da ADPF 347*. Brasília, 2021, p. 9. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/06/Relato%CC%81rio_ECI_1406.pdf>. Acesso em: 22 de jul. de 2022.

Lei de Execução Penal são ignoradas na prática, caracterizando-se o discurso jurídico-penal como um "ser que nunca será", não como um "ser que ainda não é"[1150].

Conforme a Lei de Execução Penal, por exemplo, o atendimento médico, farmacêutico ou odontológico deve ser prestado dentro do estabelecimento penal, embora se admita seu fornecimento em local diverso, mediante autorização da direção do estabelecimento (artigo 14, "caput" e §2º, da Lei de Execução Penal). O que se depreende do relatório do CNIEP e do "12º Ciclo – INFOPEN", do SISDEPEN, todavia, é que, mesmo nos estabelecimentos em que é cumprida pena em regime fechado (o mais gravoso), nos quais temos os melhores índices, pouco mais da metade possui gabinetes odontológicos e enfermarias, sem olvidar a precariedade dos demais módulos de saúde apontados no capítulo 5. Possível perceber, assim, o déficit significativo quanto ao aparelhamento da assistência à saúde, já que as estruturas básicas não estão presentes em grande parte dos estabelecimentos penais brasileiros. Considerando a superlotação do sistema carcerário, o quadro se agudiza, pois a estrutura disponível já seria insuficiente se os estabelecimentos penais operassem dentro de sua capacidade.

Avançando, a Lei de Execução Penal também garante o acompanhamento pré-natal e pós-parto, extensivo ao recém-nascido, sendo mandatória a existência de berçários nos estabelecimentos penais destinados ao gênero feminino (artigo 83, §2º). Como destacamos, a realidade do sistema prisional é de insuficiência de creches, de berçários ou centros de referência materno-infantil, e de celas adequadas para gestantes. Há uma superlotação até mesmo de crianças que vivem em estabelecimentos penais, e há, igualmente, mais pessoas lactantes e pessoas gestantes/parturientes em do que o sistema prisional é capaz de comportar[1151]. É de se concluir, portanto, pela inadequação operativa do sistema carcerário também nesse ponto. São violados os princípios da reserva legal, humanidade da pena e intranscendência da pena, assim como a dignidade da pessoa humana das mães e das crianças, que são submetidas a essa realidade.

[1150] Raciocínio exposto em: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Trad. Vania Romero Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. 5. ed, 6. reimp. Rio de Janeiro: Revan, 2018, p. 18-19.

[1151] BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. SISDEPEN. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – janeiro a junho de 2022*. Brasília, 2022. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiNWQ0ODM1OTQtMmQ2Ny00M2IyLTk4YmUtMTdhYzI4N2ExMWM3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 28 de nov. de 2022.

Prosseguindo, é preciso reforçar o fato de que os próprios estabelecimentos penais são ambientes que propiciam a disseminação de doenças, como a tuberculose (há aproximadamente 28 vezes mais chance de contrair a doença dentro dos estabelecimentos penais, conforme o Conselho Nacional de Justiça[1152]) e, como acreditam o Conselho Nacional de Justiça[1153], o Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT) e diversas organizações da sociedade civil, a COVID-19. Enquanto o "Painel de Monitoramento dos Sistemas Prisionais", elaborado pelo Departamento Penitenciário Nacional, a informação oficial é de que haveria um total de 293 óbitos decorrentes da infecção pela COVID-19 no sistema prisional desde o início da pandemia[1154], o Conselho Nacional de Justiça observa, a partir dos dados coletados pelo INFOPEN, que houve um crescimento de 358,82% no número de óbitos com causa desconhecida[1155] quando considerados o segundo semestre de 2019 e o primeiro semestre de 2020[1156]. Se um indivíduo está 28 vezes mais suscetível a contrair tuberculose, doença respiratória contagiosa, dentro do cárcere, há fundadas razões para acreditar que a COVID-19 tenha levado a óbito mais do que 293 pessoas dentro do sistema carcerário.

Por fim, é importante reafirmar que o relatório "Inspeções em Presídios Durante a Pandemia da COVID-19"[1157], disponibilizado em abril de 2022 pela Defensoria Pública do estado de São Paulo, denunciou a existência de um elevado número de

---

[1152] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *O sistema prisional brasileiro fora da Constituição – 5 anos depois: Balanço e projeções a partir do julgamento da ADPF 347*. Brasília, 2021, p. 18. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/06/Relato%CC%81rio_ECI_1406.pdf>. Acesso em: 22 de jul. de 2022

[1153] Conforme o Conselho Nacional de Justiça, "a própria natureza das prisões brasileiras – superlotadas, insalubres e com poucos recursos –, são barreiras para a adoção das principais medidas incentivadas pelas autoridades: distanciamento social e uso de máscaras" (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *O sistema prisional brasileiro fora da Constituição – 5 anos depois: Balanço e projeções a partir do julgamento da ADPF 347*. Brasília, 2021, p. 26. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/06/Relato%CC%81rio_ECI_1406.pdf>. Acesso em: 22 de julho de 2022).

[1154] BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. *Painel de monitoramento dos sistemas prisionais*. Brasília, 2022. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiYThhMjk5YjgtZWQwYS00ODlkLTg4NDgtZTFhMTgzYmQ2MGVlIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 1º de nov. de 2022.

[1155] É preciso destacar que, salvo melhor juízo, a morte de qualquer indivíduo privado de liberdade deveria ser explicada ou ao menos explicável, seja qual for a circunstância.

[1156] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *O sistema prisional brasileiro fora da Constituição – 5 anos depois: Balanço e projeções a partir do julgamento da ADPF 347*. Brasília, 2021, p. 19. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/06/Relato%CC%81rio_ECI_1406.pdf>. Acesso em: 22 de jul. de 2022

[1157] DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Núcleo Especializado de Situação Carcerária. *Inspeções em presídios durante a pandemia da covid-19*. São Paulo, abril de 2022. Disponível em: <https://www.defensoria.sp.def.br/documents/20122/9ed2ceeb-869f-17d8-6039-94d90f0cabbc>. Acesso em: 29 de jul. de 2022.

pessoas desassistidas com problemas graves de saúde nos 27 estabelecimentos penais do estado de São Paulo vistoriados entre 2020 e 2021, como destacamos, inclusive mulheres que relataram ter rasgado pedaços de toalhas, colchões e até utilizado miolo de pão dada a ausência de absorventes[1158], corroborando nosso entendimento pela inadequação operativa mínima conforme a planificação do discurso jurídico-penal, dada as evidentes violações aos princípios da humanidade das penas, reserva legal e dignidade da pessoa humana.

A Lei de Execução Penal também dispõe que haverá instrução escolar e formação profissional aos indivíduos privados de liberdade. Uma vez mais, o CNIEP desconstrói numericamente essa proposição. Haveria salas de aula e bibliotecas em pouco menos de 70%, como destacamos no capítulo 5. Ademais, considerando o primeiro semestre de 2022, a partir dos dados do "12º Ciclo – INFOPEN", e do "Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias" do segundo semestre de 2021 e do primeiro semestre de 2022, todos do SISDEPEN, demonstramos que mais da metade das atividades educacionais realizadas dentro dos estabelecimentos penais é classificada como "atividade educacional complementar" (videoteca, atividades de lazer e cultura"[1159], sem maiores explicações sobre o que seriam).

Boa parte dos estabelecimentos penais contabilizados pelo "12º Ciclo – INFOPEN", do SISDEPEN, como destacamos, não possui salas de aula, salas de informática, bibliotecas, salas de professores, e salas de encontro com a sociedade[1160]. Além da deficiência estrutural apresentada no que diz respeito aos módulos de educação, se faz necessário recordar que quase a metade dos indivíduos do gênero masculino não possui o ensino fundamental completo, assim como uma em cada três pessoas do gênero feminino que cumpre pena privativa de liberdade[1161].

[1158] DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Núcleo Especializado de Situação Carcerária. *Inspeções em presídios durante a pandemia da covid-19*. São Paulo, abril de 2022. Disponível em: <https://www.defensoria.sp.def.br/documents/20122/9ed2ceeb-869f-17d8-6039-94d90f0cabbc>. Acesso em: 29 de jul. de 2022, p. 71.

[1159] BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. SISDEPEN. *12º Ciclo – INFOPEN. jan-jun 2022. Nacional*. Brasília, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios-e-manuais/relatorios/relatorios-analiticos/br/brasil-junho-2022.pdf>. Acesso em: 28 de nov. 2022.

[1160] Salas de musicalização, por exemplo, conforme a base de dados disponibilizada (BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. SISDEPEN. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – janeiro a junho de 2022: base de dados*. Brasília, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios-e-manuais/bases-de-dados/bases-de-dados-1/BasedeDadosSisdepenjanjul202212ciclo.xlsx>. Acesso em: 28 de nov. de 2022).

[1161] BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. SISDEPEN. *12º Ciclo – INFOPEN. jan-jun 2022. Nacional*. Brasília, 2022. Disponível em:

Nesse contexto, tendo em vista que as atividades educacionais relacionadas à alfabetização, ensino fundamental, médio, superior, curso técnico ou curso de formação inicial e continuada correspondem a praticamente um oitavo de todas as atividades educacionais realizadas pela população privada de liberdade, se evidencia o tamanho do descompasso entre a demanda e a oferta, pois esse número deveria ser muito superior ao das chamadas atividades educacionais complementares. Os dados referentes à assistência à educação, portanto, são incompatíveis com o suposto propósito de prevenção especial positiva que norteia a Lei de Execução Penal, não havendo como sustentar que a execução penal cumpra o ideal de fomentar a educação.

No tocante ao trabalho ou a laborterapia, recordamos, pouco mais da metade dos estabelecimentos nos quais se cumpre pena em regime fechado possuiria oficinas de trabalho[1162]. Em acréscimo, conforme a aba "População Prisional em Programa Laboral" do "Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias" do SISDEPEN, menos de um em cada quatro indivíduos em celas físicas dos estabelecimentos penais estaduais estariam em laborterapia[1163]. Deste modo, é possível perceber que a estrutura do sistema carcerário impõe o descumprimento da lei à metade dos indivíduos que cumprem pena em regime fechado, uma vez que o trabalho é obrigatório ao condenado à pena privativa de liberdade (artigo 31 da Lei de Execução Penal).

Ainda, como demonstramos, os próprios relatórios oficiais discriminam a existência de indivíduos do gênero masculino e feminino que recebem menos do que ¾ de um salário-mínimo[1164], o que viola a redação expressa do artigo 29 da Lei de

---

<https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios-e-manuais/relatorios/relatorios-analiticos/br/brasil-junho-2022.pdf>. Acesso em: 28 de nov. 2022.

[1162] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Cadastro Nacional de Inspeções nos Estabelecimentos (CNIEP)*. Brasília, 2022. Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=e28debcd-15e7-4f17-ba93-9aa3ee4d3c5d&sheet=da3c5032-89ad-48d2-8d15-54eb35561278&lang=pt-BR&opt=ctxmenu,currsel>. Acesso em: 1º de nov. de 2022.

[1163] BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. SISDEPEN. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – janeiro a junho de 2022*. Brasília, 2022. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiNWQ0ODM1OTQtMmQ2Ny00M2IyLTk4YmUtMTdhYzI4N2ExMWM3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 28 de nov. de 2022.

[1164] BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. SISDEPEN. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – janeiro a junho de 2022*. Brasília, 2022. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiNWQ0ODM1OTQtMmQ2Ny00M2IyLTk4YmUtMTdhYzI4N2ExMWM3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 28 de nov. de 2022.

Execução Penal e evidencia, também sob esse prisma, a inadequação operativa mínima conforme a planificação do discurso jurídico-penal.

No que diz respeito a assistência religiosa, garantida em atenção à liberdade religiosa e sua assistência, previstas no artigo 5º, incisos VI, VII e VIII da Constituição Federal[1165], o CNIEP informa que praticamente metade dos estabelecimentos penais não possui espaço adequado para a prestação de assistência religiosa. O indivíduo privado de liberdade que encontra conforto e sentido em sua religião não pode ter esse direito tolhido em virtude da precária estrutura prisional brasileira, sob pena de tornar a pena cruel. Há, assim, nova violação à dignidade da pessoa humana, à humanidade das penas, e às mencionadas garantias constitucionais.

De acordo com o CNIEP[1166], ademais, aproximadamente um em cada cinco estabelecimentos penais brasileiro não possui área destinada à visita familiar. Se apresenta, portanto, nova contradição com o suposto ideal de harmônica integração da pessoa que cumpre pena privativa de liberdade. Inexistindo área destinada à visita familiar, não há como sustentar que o indivíduo possa preservar, dignamente, os laços afetivos com a família. Além disso, pouco mais da metade dos estabelecimentos penais possui local de visitação íntima, de modo que um considerável contingente dos indivíduos custodiados são privados, em alguma medida, de sua dignidade sexual, sobretudo quando consideramos que o sistema carcerário tem como característica a superlotação, que inviabiliza qualquer espécie de privacidade (especialmente aos indivíduos que cumprem pena em regime fechado).

Sobre o Regime Disciplinar Diferenciado, destacou o MNPCT em seu relatório bienal referente a 2020 e 2021 a denúncia de que, no ano de 2020, “a única atividade ofertada pela maioria das Unidades foi a de leitura na cela”[1167]. Igualmente, segundo o MNPCT, “algumas pessoas presas com quem dialogamos relataram que chegaram a permanecer 44 (quarenta e quatro) horas trancadas sem banho de sol no período da pandemia, situação que acarretou o agravamento do adoecimento mental”[1168],

---

[1165] ROIG, Rodrigo Duque Estrada, op. cit., p. 175.

[1166] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Cadastro Nacional de Inspeções nos Estabelecimentos (CNIEP)*. Brasília, 2022. Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=e28debcd-15e7-4f17-ba93-9aa3ee4d3c5d&sheet=da3c5032-89ad-48d2-8d15-54eb35561278&lang=pt-BR&opt=ctxmenu,currsel>. Acesso em: 1º de nov. de 2022.

[1167] BRASIL. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT). *Relatório bienal 2020/2021: a prevenção e o combate à tortura durante a pandemia*. Brasília, 2022, p. 28. Disponível em: <https://mnpctbrasil.files.wordpress.com/2022/05/relatocc81rio-bienal-2020-2021-versao-final-3.pdf>. Acesso em: 22 de jul. de 2022.

[1168] Ibidem, p. 28.

evidenciando quão intensa é a contradição da referida sanção disciplinar com a dignidade da pessoa humana, limite e tarefa do Estado Democrático de Direito.

Passados sete anos desde a conclusão do Supremo Tribunal Federal no sentido de que o sistema carcerário brasileiro possui como característica a "violação massiva e persistente de direitos fundamentais"[1169], nos parece seguro afirmar que ela segue atual.

É impossível sustentar a adequação operativa mínima conforme a planificação do discurso jurídico-penal, pois, em primeiro lugar, sequer é possível verificá-la de forma direta, uma vez que os relatórios e bases de dados de abrangência nacional acerca do sistema carcerário apresentam uma opacidade incompatível com o dever de informação que se impõe ao Estado. O Direito Penal, como cediço, é a *ultima ratio*, e dentro dessa lógica, a privação de liberdade também o é (*ultima ratio* da *ultima ratio*, portanto). A constatação acerca da inexistência de informações primárias referentes à operacionalização da pena, desta forma, é sintomática, pois reforça a ideia de "menor elegibilidade" (*less eligibility*). Se as condições de vida no cárcere não poderiam ser melhores do que as piores condições a que um indivíduo em liberdade pode estar submetido, não há razão para apurar, a fundo, de que modo operacionaliza a pena privativa de liberdade no Brasil, nem de saber qual é a função real da pena.

A partir das informações disponíveis, uma série de contradições são percebidas e carecem de maiores explicações, como denunciamos. De todo modo, a superlotação do sistema carcerário e a deficiência na prestação de todas as assistências determinadas pela Lei de Execução Penal são atestáveis numericamente, sendo decorrentes desses fatos as apontadas violações aos princípios da reserva legal, humanidade das penas, intranscendência da pena e dignidade da pessoa humana. Não é possível afirmar, sob qualquer aspecto, que a operacionalidade do sistema carcerário brasileiro seja compatível com o Estado Democrático de Direito.

Assim, persiste atual a constatação de Eugenio Raúl Zaffaroni, datada de 1991: "em nossa região marginal, é absolutamente insustentável a racionalidade do discurso

---

[1169] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Rel. Ministro Marco Aurélio Mello. Brasília, DF, 9 de setembro de 2015. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília - DF, 19 de fevereiro de 2016, p. 3. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308712125&ext=.pdf>. Acesso em: 3 de jun. de 2022.

jurídico-penal que, de forma muito mais evidente que nos países centrais, não cumpre nenhum dos requisitos de legitimidade"[1170]. Como demonstramos, o discurso jurídico-penal brasileiro referente à finalidade da pena não cumpre o requisito de coerência interna dos enunciados, não se adequa à antropologia filosófica básica, não cumpre o nível abstrato de verdade social (não é, em grande parte, sequer verificável a adequação de meio a fim, e, na parte possível, ela inexiste), e não apresenta adequação operativa mínima conforme a planificação, do que se depreende o descumprimento do nível concreto de verdade social. O discurso jurídico-penal brasileiro referente à finalidade da pena, por conseguinte, não cumpre nenhum dos requisitos de racionalidade e, assim, não há como insistir na legitimidade do sistema penal pátrio: trata-se de uma complexa manifestação de poder irracional que precisa ser contida[1171].

[1170] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Trad. Vania Romero Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. 5. ed, 6. reimp. Rio de Janeiro: Revan, 2018, p. 19.
[1171] Ibidem, p. 16.

CONCLUSÕES

A dissertação cumpriu seu objetivo primário, bem como os objetivos secundários. Acreditamos ter sido possível afirmar a irracionalidade do discurso jurídico-penal brasileiro referente à finalidade da pena e a consequente ausência de legitimidade do sistema penal, segundo os critérios formulados por Eugenio Raúl Zaffaroni. Ademais, restou demonstrada a importância de se aferir a racionalidade do discurso jurídico-penal, uma vez que ele é o responsável pela outorga de legitimidade ao sistema penal. Apresentamos as teorias legitimadoras da pena e, igualmente, comprovamos a precariedade do sistema prisional brasileiro, em que pese as dificuldades encontradas para tanto.

No primeiro capítulo desenvolvemos os conceitos de Estado Democrático de Direito e de dignidade da pessoa humana, concluindo que o Direito Penal jamais poderia se contrapor ao Estado Democrático de Direito e seus princípios. Somente é legítimo, portanto, quando se encontra em absoluta harmonia com a Constituição Federal e, por óbvio, com a dignidade da pessoa, que deve fundamentar a pena. A pena, ainda, é orientada por certos princípios extraídos da Constituição Federal, tendo sido desenvolvidos os princípios da reserva legal, da humanidade das penas, da individualização da pena, da culpabilidade, da proporcionalidade e da intranscendência da pena. Também definimos “finalidades da pena” como os objetivos atribuídos à pena para que seja atingido (“para que punir?”) o seu fundamento político (“por que punir?”). No Brasil, o fundamento político não pode divergir dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, constantes do artigo 3º da Constituição Federal, devendo ser igualmente compatível com o Estado Democrático de Direito e seus fundamentos, elencados no artigo inaugural da Constituição Federal. Por fim, apresentamos os critérios formulados por Eugenio Raúl Zaffaroni para que seja aferida a racionalidade do discurso jurídico-penal.

No capítulo 2 apresentamos as chamadas teorias retributivas ou absolutas da pena, iniciando pelas concepções de pena enquanto vingança e expiação, desenvolvendo, igualmente a construção da retribuição moral, formulada por Immanuel Kant, e de retribuição jurídica, cunhada por Georg Wilheim Friedrich Hegel. Concluímos que as teorias retributivas ou absolutas devem ser rejeitadas, não sendo possível fundamentar e orientar a pena a partir dessas premissas.

No capítulo 3, discorremos sobre as teorias preventivas ou relativas da pena,

iniciando pela prevenção geral negativa, especialmente a proposta de Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach e, em seguida, apresentamos as vertentes mais célebres da prevenção geral positiva: a proposta fundamentadora de Günther Jakobs e as propostas limitadoras de Claus Roxin e Winfried Hassemer. Expusemos, então, as teorias de prevenção especial positiva e negativa. Por último, demonstramos por quais motivos a prevenção é incapaz de orientar a pena no Estado Democrático de Direito.

No capítulo 4 apresentamos as teorias mistas aditivas e dialéticas. Pelas razões ali apresentadas, somadas às críticas que opusemos às teorias retributivas e preventivas, concluímos pela insuficiência e ilegitimidade das teorias mistas para orientar a pena no Estado Democrático de Direito.

No capítulo 5, afirmamos que o Brasil teria adotado a teoria mista aditiva como finalidade da pena, sendo possível sustentar que na execução da pena haveria uma preferência pela prevenção especial positiva. Expusemos a forma pela qual o ordenamento jurídico pátrio determina o cumprimento da pena privativa de liberdade em cada um dos regimes (aberto, semiaberto e fechado). Ao buscar informações a respeito do atual estado de coisas do sistema prisional brasileiro por meio de relatórios e bancos de dados, nos deparamos com um quadro precário e opaco, no qual impera a subnotificação, havendo fortes indícios de manipulação de dados. Não há como se afirmar, por exemplo, o número efetivo de vagas para cada regime de cumprimento de pena e prisões provisórias conforme a previsão legal, o que inviabiliza o cálculo das verdadeiras taxas de superlotação do sistema prisional, embora seja possível afirmar a existência de um déficit praticamente global de vagas. Atestamos, também, que nenhuma das assistências previstas na Lei de Execução Penal é garantida de forma integral à população privada de liberdade: a prestação conforme a lei é excepcional. A planificação da pena privativa de liberdade que não se realiza. A ausência de inúmeras informações primárias e relevantes aponta para uma das duas conclusões: ou não se tem controle da operacionalidade do sistema ou ela não se pretende apresentá-lo ao público.

No último capítulo cumprimos o objetivo principal deste escrito e concluímos que o discurso jurídico-penal brasileiro referente à finalidade da pena não cumpre o requisito de coerência interna dos enunciados, não se adequa à antropologia filosófica básica, não cumpre o nível abstrato de verdade social (não é, em grande parte, sequer verificável a adequação de meio a fim, e, na parte possível, ela inexiste), e não

apresenta adequação operativa mínima conforme a planificação, do que se depreende o descumprimento do nível concreto de verdade social. O discurso jurídico-penal brasileiro referente à finalidade da pena, por conseguinte, não cumpre nenhum dos requisitos de racionalidade e, assim, não há como sustentar a legitimidade do sistema penal pátrio.

Oferecemos uma visão crítica sobre o estudo das finalidades da pena e da própria legitimidade do sistema penal. Em que pese haver certo consenso quanto à precariedade do sistema prisional brasileiro, demonstramos que a crise é oriunda, sim, de questões de ordem prática, mas também discursivas. A falência do sistema penal já se manifesta no discurso, e por isso afirmamos: de nada adianta cuidar zelosamente de um jardim morto. É preciso reconhecer que, no intuito de diminuir e eliminar a violência, a agravamos. Partindo da certeza de que o sistema penal é ilegítimo, abre-se o caminho árduo, porém necessário, para que possamos buscar verdadeiras soluções.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Trad. por Virgilio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

ANDRADE, André Lozano. *Populismo penal: comunicação, manipulação política e democracia*. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

ANDRADE, Hanrrikson de. *Bolsonaro contraria a Constituição e diz que 'minorias têm que se adequar'*. UOL, 2022. Disponível em <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2022/07/15/bolsonaro-defende-falas-transfobicas-minorias-tem-que-se-adequar.htm>. Acesso em: 15 de jul. de 2022.

ANIYAR DE CASTRO, Lola; CODINO, Rodrigo. *Manual de Criminologia Sociopolítica*; tradução Amina Vergara. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

ANJOS, Fernando Vernice dos. *Análise crítica da finalidade da pena na execução penal: ressocialização e o direito penal brasileiro*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2009. doi: 10.11606/D.2.2009.tde-13042010-145345. Acesso em 24 de jun. de 2022.

ARENAL, Concepción. *Estudios penitenciarios*. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2022. Disponível em: https://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc0723067.

ASSEMBLEIA DE MINAS GERAIS. *Deputados também foram à Apac de Sete Lagoas*. 18 de setembro de 2014. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=4kt0mi-QHUQ>. Acesso em: 22 de jul. de 2022.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. 6. ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011.

_____. *Integración-prevención – una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoria sistémica*. Doctrina Penal, Buenos Aires, 1985. In: BARATTA, Alessandro. *Criminología y sistema penal - compilación in memoriam*. Montevideo: B de F, 2004, p. 17.

BASTOS, Celso Ribeiro; GANDRA MARTINS, Ives. *Comentários à Constituição do Brasil*, v. 1. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 425.

BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007.

BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos delitos e das penas*, Trad. Lucia Guidicini; Alessandro Berti Contessa. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão – causas e alternativas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. *Tratado de direito penal: parte geral – arts. 1º a 120*. 28. ed. São Paulo: Saraivajur, 2022.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Do Direito Social aos Interesses Transindividuais*. 1995. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1995.

BOZZA, Fabio; ZILIO, Jackson. *Os fins do direito penal*. 1. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021.

BRASIL. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT). *Relatório bienal 2020/2021: a prevenção e o combate à tortura durante a pandemia*. Brasília, 2022. Disponível em: <https://mnpctbrasil.files.wordpress.com/2022/05/relatocc81rio-bienal-2020-2021-versao-final-3.pdf>.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. SISDEPEN. *12º Ciclo – INFOPEN. jan-jun 2022. Nacional*. Brasília, 2022.

Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios-e-manuais/relatorios/relatorios-analiticos/br/brasil-junho-2022.pdf>. Acesso em: 28 de nov. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. SISDEPEN. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – julho a dezembro de 2021*. Brasília, 2022. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiOWYwMDdlNmItMDNkOC00Y2RmLWEyNjQtMmQ0OTUwYTUwNDk5IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 19 de jul. de 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. SISDEPEN. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – janeiro a junho de 2022*. Brasília, 2022. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiNWQ0ODM1OTQtMmQ2Ny00M2IyLTk4YmUtMTdhYzI4N2ExMWM3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 28 de nov. de 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. SISDEPEN. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – janeiro a junho de 2022: base de dados*. Brasília, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios-e-manuais/bases-de-dados/bases-de-dados-1/BasedeDadosSisdepenjanjul202212ciclo.xlsx>. Acesso em: 28 de nov. de 2022

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 120.607. Rel. Min. Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador Convocado do TJ/PE). Brasília, DF, 10 de dezembro de 2019. Diário da Justiça 17 de dezembro de 2019). Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RHC%27.clap.+e+@num=%27120607%22)+ou+(%27RHC%27+adj+%27120607%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja> Acesso em: 10 de abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Rel. Ministro Marco Aurélio Mello. Brasília, DF, 9 de setembro de 2015. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília - DF, 19 de fevereiro de 2016. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308712125&ext=.pdf>. Acesso em: 3 de jun. de 2022.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal, parte geral*, *tomo 1, introdução – norma penal, fato punível*. 2. ed. São Paulo: Forense, 1966.

_____. *Direito penal, parte geral*, *tomo 3, pena e medida de segurança*. 2. ed. São Paulo: Forense, 1966.

CANCIO MELIÁ, Manuel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *¿Prevenir riesgos o confirmar normas? La teoria funcional de la pena de Günther Jakobs. Estudio preliminar in La pena estatal*. In: JAKOBS. Günther. *La pena estatal: significado y finalidad.* Traducción de Manuel Canció Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez. Navarra: Civitas, 2006.

CARRARA, Francesco*. Programa del curso de derecho criminal: desarrollado en la Universidad de Pisa por el profesor Francesco Carrara, parte general, tomo II*. Trad. Octavio Béeche y Alberto Gallegos. 1. ed. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2000.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do Direito penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

CARVALHO, Salo de. *Penas e garantias*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CHRISTIE, Nils. *Limites à Dor: o papel da punição na política criminal*. Tradução: Gustavo Noronha de Ávila, Bruno Silveira Rigon e Isabela Alves. 1. ed, 5 reimp. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Banco Nacional de Monitoramento de Prisões 2.0 (BMNP 2.0)*. Brasília, 2022. Disponível em: <https://portalbnmp.cnj.jus.br/#/estatísticas>. Acesso em: 18 de jul. de 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Cadastro Nacional de Inspeções nos Estabelecimentos (CNIEP)*. Brasília, 2022. Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=e28debcd-15e7-4f17-ba93-9aa3ee4d3c5d&sheet=da3c5032-89ad-48d2-8d15-54eb35561278&lang=pt-BR&opt=ctxmenu,currsel>. Acesso em: 1º de nov. de 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *O sistema prisional brasileiro fora da Constituição – 5 anos depois: Balanço e projeções a partir do julgamento da ADPF 347*. Brasília, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/06/Relato%CC%81rio_ECI_1406.pdf>. Acesso em: 20 de jul. de 2022.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Sistema prisional em números*. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/sistema-prisional-em-numeros>. Acesso em: 22 de jul. de 2022.

COPETTI, André. *Direito penal e Estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

CORRÊA, André Luiz. *Apontamentos sobre a dignidade humana enquanto princípio constitucional fundamental*. In: VELLOSO, Carlos Mário da Silva; ROSAS, Roberto; AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. (Coord.). *Princípios constitucionais fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins*. São Paulo: Lex, 2005.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Núcleo Especializado de Situação Carcerária. *Inspeções em presídios durante a pandemia da covid-19*. São Paulo, abril de 2022. Disponível em: <https://www.defensoria.sp.def.br/documents/20122/9ed2ceeb-869f-17d8-6039-94d90f0cabbc>. Acesso em: 29 de jul. de 2022.

DE GIORGI, Alessandro. *Punishment and Political Economy*. *In*: FRANÇA, Leandro Ayres; CARLEN, Pat (eds.). *Alternative Criminologies.* New York: Routledge, 2017.

DELMANTO, Celso *et al. Código penal comentado*. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2022.

DEL VECCHIO. Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. 5. ed. Trad. António José Brandão. Coimbra: Arménio Amado, 1979.

DIAS, Camila Caldeira Nunes. *PCC: Hegemonia nas prisões e monopólio da violência: coordenadores Alice Bianchini, Ivan Luís Marques e Luiz Flávio Gomes*. São Paulo: Saraiva, 2013.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

DÍAZ, Elias. *Estado de Derecho y Sociedad Democratica*. 8. ed. 4. Reimpresión. Madrid: Taurus, 1981.

DISTRITO FEDERAL. Secretaria de Estado de Administração Penitenciária. *Sistema Prisional em Números*. Brasília, 2022. Disponível em: <https://seape.df.gov.br/painel/>. Acesso em: 24 de jul. 2022.

DORADO MONTERO, Pedro. *El derecho protector de los criminales*. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1915.

DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here?: principles for a new political*. Princeton: Princeton University, 2008.

FALCÓN Y TELLA, María José; FALCON Y TELLA, Fernando. *Fundamento e finalidade da sanção: existe um direito de castigar?* Tradução de Claudia de Miranda Avena; revisão de Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Poderes Selvagens: A crise na democracia italiana*. São Paulo: Saraiva, 2014.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de derecho penal*. Trad. Eugenio R. Zaffaroni e Irma Hagemeier. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2007.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramalhete. 42. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

FROMM, Erich. *The anatomy of human destructiveness*. New York: Holt, Rinehart and Winston, 1973.

FREUD, Sigmund. *Totem e tabu: alguns pontos de concordância entre a vida mental dos selvagens e dos neuróticos*. Trad.: Órizon Carneiro Muniz, Rio de Janeiro: Imago, 1974.

GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal, v. 1, tomo 1*. 7. ed. ver. e. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

GENELHÚ, Ricardo; SCHEERER, Sebastian. *Manifesto para abolir as prisões*. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

GONZAGA, João Bernardino Garcia. *A inquisição em seu mundo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

GRECO, Luís. *A ilha de Kant.* In: GRECO, Luís; MARTINS, António Carvalho (Org.). *Direito penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70° aniversário em 2 de setembro de 2012*. Madrid: M. Pons, 2012.

HASSEMER, Winfried. *Prevención general y aplicación de la pena. derechos fundamentales de la persona*. In: NAUCKE, Wolfgang; HASSEMER, Winfried; LÜDERSSEN, Klaus. *Principales problemas de la prevención general*. Trad. Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw. Montevideo: Editorial B de F, 2004.

_____. *Introdução aos fundamentos do direito penal (Einfürung in die Grundlagen des Strafrechts)*. Tradução da 2ª edição alemã, revisada e ampliada, de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre/RS: Segio Antonio Fabris Editor, 2005.

_____. *Persona, mundo y responsabilidade – bases para una teoría de la imputación em Derecho Penal*. Traducción de Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita. Santa Fé de Bogotá: Temis S.A., 1999.

HEGEL, Georg Wilhem Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Trad: Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HERNÁNDEZ, Héctor H. *Fines de la pena. Abolicionismo, impunidad*. Héctor H. Hernández; Camilo Tale; Ricardo Dip; dirigido por Héctor Hernández. 1. ed. Buenos Aires: Cathedra Jurídica, 2010.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua: Características gerais dos moradores 2020/2021*. Brasília, 2022, p. 1. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101957_informativo.pdf>. Acesso em: 24 de jul. 2022.

IDDD. Instituto de Defesa do Direito de Defesa. *Dados sobre a COVID-19 no sistema prisional no 1º e 2º quadrimestres de 2020: principais resultados*. 14 de abr. de 2021. Disponível em: <https://uploads.strikinglycdn.com/files/eddad039-43b6-4678-9285-

e9af2280bafb/iddd-dados-sobre-a-covid-19-no-sistema-prisional-no-1o-e-2o-quadrimestres-2.pdf>.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA; FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Atlas da violência, 2021*. São Paulo: FBSP, 2021, p. 9. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/artigos/1375-atlasdaviolencia2021completo.pdf>. Acesso em: 29 de jul. de 2022.

ISERHARD. Antônio Maria Rodrigues de Freitas. *Caráter vingativo da pena*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general, fundamentos y teoría de la imputación*. 2. ed. Traducción de Joaquin Cuello Contreras y Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.

_____. *Direito penal do inimigo*. Org. e Int. Luiz Moreira e Eugênio Pacelli de Oliveira. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

_____. *La pena estatal: significado y finalidad.* Traducción de Manuel Canció Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez. Navarra: Civitas, 2006.

_____. *Moderna dogmática penal*. Ciudad de México: Porrúa, 2006.

_____. *Sociedad, norma y persona en uma teoria de um derecho penal funcional*. Traducción de Manuel Canció Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez. Madrid: Civitas, 2000.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri/SP: Manole, 2004. Barueri/SP: Manole, 2004.

JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. *Manual de Direito Penal: parte geral*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintana, Introdução de *Pedro Galvão*. Lisboa: Edições 70, 2019.

_____. *Metafísica dos costumes*. Tradução [primeira parte] Clélia Aparecida Martins, tradução [segunda parte] Bruno Nadai, Diego Kosbiau e Monique Hulshof. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Trad: João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WWF Martins Fontes, 2009.

LEITE, Georges Salomão. *Dever e Dignidade Humana na Fundamentação da Metafísica dos Costumes de Imanuell Kant*. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; CARBONELL, Miguel. *Direitos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador: JusPodivm, 2011.

LESCH, Heiko. *La función de la pena*. Trad: Javier Sánchez-Vera; Gómez-Trelles. Madrid: Dykinson, 1999.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MADEIRA, Dhenis Cruz. *O que é solipsismo judicial?*. Revista Jurídica da Presidência, Brasília, v. 22, n. 126, fev./mai. 2020, p. 191-210. Disponível em: https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1916.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. 3. ed. São Paulo: WWF Martins Fontes, 2016.

MBEMBE, Achille. *Crítica da razão negra*. Trad: Sebastião Nascimento. São Paulo: N-1 edições, 2018.

MELLO, Celso Antonio Bandeira De. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, t. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

_____. *Manual de Direito Constitucional*, t. 4. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: parte general*. 8. dd. Barcelona: Editorial Reppertor, 2006.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 1997.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal y control social*. Jerez: Fundación Universitaria de Jerez, 1985.

NASCIMENTO, Abdias do. *O genocídio negro brasileiro: processo de um racismo mascarado*. São Paulo: Editora Perspectiva, 2016.

NAUCKE, Wolfgang. *Derecho penal. Una introducción*. Traducción de la 10ª edición alemana por Leonardo Germán Brond. Buenos Aires: Astrea, 2006.

_____. *O alcance do direito penal retributivo em Kant*. Tradução de Fernanda Lara Tórtima. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org). *O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

NIETZSCHE, Friedrich. *Humano, demasiado humano. Un libro para espíritus libres, volumen segundo*. Traducción de Alfredo Brotons Muñoz. Madrid: Akal, 2007.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal, volume 1: introdução e parte geral*. 38 ed. rev. e atual. por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 2004.

PASTORAL CARCERÁRIA. *COVID-19 nos presídios – 1 ano de pandemia. Questionário Pastoral Carcerária*. São Paulo, 19 de abr. de 2021. Disponível em: <https://carceraria.org.br/combate-e-prevencao-a-tortura/questionario-sobre-coronavirus-nas-prisoes-revela-que-situacao-no-carcere-esta-muito-pior-um-ano-apos-o-inicio-da-pandemia>.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitucion*. Madrid: Editorial Tecnos, 1984.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Tradução e prefácios de L. Cabral de Moncada. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1997.

ROBINSON, Paul. *Principios distributivos del Derecho penal: A quién debe sancionarse y en qué medida*. Traducción e introducción de CANCIO MELIÁ, Manuel, y ORTIZ DE URBINA, Íñigo; Madrid: Marcial Pons, 2012.

RÖDER, Cárlos David August. *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus contradicciones: ensayo crítico preparatorio para la renovación del derecho penal*. Traducido del alemán por Francisco Giner. 3. ed. Madrid: Librería de Victoriano Suárez, 1876.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *Novo olhar sobre a questão penitenciária: estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal: teoria crítica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal.* Organização e tradução: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.

_____. *Derecho penal – parte general, tomo I, fundamentos. La estructura de la teoria del delito*. Tradução: Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díazy García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 1. ed. Espanha: Civitas, 1997.

_____. *Problemas fundamentais de direito penal*. Trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. 3. ed. Lisboa: Vega, 2004.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Finalidades da pena, conceito material de delito e sistema penal integral*. 2008. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. doi:10.11606/T.2.2008.tde-17022009-160214.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008.

_____. *Teoria da pena – fundamentos políticos e aplicação judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração Criminal nº 0008849-33.2009.8.26.0361. Embargantes: Laercio Garcia Mendes e Aparecida Auxiliadora de Jesus. Rel. Desembargador Grassi Neto. São Paulo, SP, 19 de outubro de 2021. Diário de Justiça Eletrônico, São Paulo – SP, 28 de outubro de 2021. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?origemDocumento=M&nuProcesso=0008849-33.2009.8.26.0361&cdProcesso=RI0054CEG12KW&cdForo=990&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias=SG5TJ&cdServico=190201&ticket=7upz7TIHKDNDY8NvtgdTSTbDmGLf%2FMwTyeWqRiDkbRjeBxdKdyk%2FYfy%2FDhiHd%2BmJNLOz54gmte%2FU7xbuvIjySeOiCmnwD082Bhwt7VI69S2iUEcHmbHPc5dZDXQxN9dhSSa%2FaaSwdKVZgUo3VY5mVJXav8I0xIIxnkJKU8XBAhT1vZtkMsMoTCfZC2FQSIsd0raz0XiJ8ObWrkC7Di%2Bz4EL81nfhQe%2FCT7MZM4YD4xJAiwSG8E4VI2hXBpD4DGoZBRcr3B2VjNyFT8loyDcfiVzfeXyiKKtZpGxBKXxfzJERHEJmA1xS20jeik%2BeQqVMqPoAAoXHDZsV0hB56zqcZcXStIdJz9tEoFd47%2FGtG3Gih6a2sSPMfc1UMQnjYA8qlqARaorVjhBpJ%2B2nHJKOaxOUDbdzhAzm%2F2KQgWGz4Wo%3D>. Acesso em: 10 de mai. de 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988: uma análise na perspectiva da jurisprudência do Supremo Tribunal*

Federal. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; CARBONELL, Miguel. *Direitos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador: JusPodivm, 2011.

SEMER, Marcelo. *Princípios penais no estado democrático de direito: anotado com alterações da lei 13.964/19*. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 43. ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

SILVA, Tainan Maria Guimarães Silva e. *O colorismo e suas bases históricas discriminatórias*. Direito UNIFACS – Debate Virtual, nº 201, p. 1-19, 2017. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/4760/3121>. Acesso em: 29 jul. de 2022.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona: Jose Maria Bosch, 1992.

SOLER, Sebastian. *Derecho penal argentino*, v. 2. 10. reimp. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1992.

STRECK, Lenio. *Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte/MG: Letramento: Casa do Direito, 2017.

_____. *Hermenêutica, jurisdição e decisão: diálogos com Lenio Streck*. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020.

_____. *O que é isto – decido conforme minha consciência?*. 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

_____. *Verdade e consenso*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

_____. *Justiça Constitucional e suas fundamentais funções.* In: Revista de Informação Legislativa, a. 43, n. 171, jul./set., 2006.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

VANZOLINI, Patricia. *Teoria da pena: sacrifício, vingança e direito penal*. São Paulo: Tirant lo Blanch: 2019.

VINGANÇA. In: Michaelis: moderno dicionário da língua portuguesa. São Paulo: Melhoramentos, 2022. Disponível em: https://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=vingan%C3%A7a. Acesso em: 29 de abr. de 2022.

VON HIRSCH, Andrew. *Censurar y castigar*. Trad. Elena Larrauri. Madrid: Trotta, 1998.

VON LISZT, Franz. *La idea de fin en el derecho penal*. 1. reimp. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1994.

_____. *Tratado de derecho penal, tomo I*. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. BRIGUIET & C., 1899.

WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. 11. ed. Trad. Juan Bustos Ramírez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1970.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al*. *Direito Penal brasileiro: primeiro volume – Teoria geral do Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Direito penal humano e poder no século XXI*. Trad. Ílison Dias dos Santos; Jhonatas Péricles Oliveira de Melo. Salvador: EDUFBA, 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Trad. Vania Romero Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. 5. ed, 6. reimp. Rio de Janeiro: Revan, 2018.

ZAFFARONI, E. Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro, parte geral*. 13. ed. São Paulo: Thomas Reuters Brasil, 2019.