

UNIVERSIDADE FEDERAL DE OURO PRETO
Departamento de Direito

Dalton Júnior Maciel Lopes

CRIMINOLOGIA CRÍTICA:
Uma análise disruptiva dos discursos de justificação da pena

Ouro Preto
2022

Dalton Júnior Maciel Lopes

CRIMINOLOGIA CRÍTICA:
Uma análise disruptiva dos discursos de justificação da pena

Monografia final apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal de Ouro Preto, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. André de Abreu Costa.

Área de Concentração: Ciências Sociais Aplicadas.

Ouro Preto

2022



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
UNIVERSIDADE FEDERAL DE OURO PRETO
REITORIA
ESCOLA DE DIREITO, TURISMO E MUSEOLOGIA
DEPARTAMENTO DE DIREITO



FOLHA DE APROVAÇÃO

Dalton Júnior Maciel Lopes

Criminologia Crítica: Uma análise disruptiva dos discursos de justificação da pena

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal de Ouro Preto como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.

Aprovada em 01 de novembro de 2022.

Membros da banca

Prof. Dr. André de Abreu Costa - Orientador(a) (Universidade Federal de Ouro Preto)
Prof. Me. Igor Alves Norberto Soares - (Universidade Federal de Ouro Preto)
Mestrando José Rafael Dias Dantas - (Universidade Federal de Ouro Preto)

André de Abreu Costa, orientador do trabalho, aprovou a versão final e autorizou seu depósito na Biblioteca Digital de Trabalhos de Conclusão de Curso da UFOP em 01/11/2022.



Documento assinado eletronicamente por **Andre de Abreu Costa, PROFESSOR DE MAGISTERIO SUPERIOR**, em 01/11/2022, às 21:20, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.ufop.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **0421137** e o código CRC **CA173177**.

Referência: Caso responda este documento, indicar expressamente o Processo nº 23109.014908/2022-10

SEI nº 0421137

R. Diogo de Vasconcelos, 122, - Bairro Pilar Ouro Preto/MG, CEP 35402-163
Telefone: (31)3559-1545 - www.ufop.br

AGRADECIMENTOS

A caminhada não foi fácil, foram momentos de incertezas, desafios, aprendizados, noites em claro, mas, para Deus, nada é impossível; todo o esforço valeu a pena. Chega a hora de prestar meus sinceros agradecimentos aos que contribuíram com a realização deste sonho.

Ressalto meu agradecimento especial aos meus pais, Dalton e Maria José, os quais sempre estiveram ao meu lado, cheios de amor e cuidado, me ensinando e incentivando a conquistar meus objetivos; a vocês devo tudo que sou. Aos meus irmãos, Alex e André, me faltam palavras para agradecer e dizer o quanto são importantes na minha vida; o companheirismo e a amizade de vocês me fez chegar até aqui. Agradeço a DEUS por nossa linda FAMÍLIA, amo muito vocês e essa vitória é NOSSA. Obrigado por tudo e por tanto!

Agradeço aos meus avós, que constituíram a família LOPES e MACIEL, minha base, que sempre me incentivaram e torceram pelo meu progresso. Aos meus PRIMOS e TIOS, que estiveram comigo, apoiando e comemorando as minhas conquistas, meus sinceros agradecimentos.

Agradeço também à Rebecca, minha namorada e fiel companheira que, junto de toda a sua família, sempre estiveram ao meu lado.

Aos amigos do INSS, agradeço por me concederem a honra de aprender e conviver com excelentes profissionais e, acima de tudo, grandes seres humanos.

Aos amigos/irmãos Calebe, Igor, João, Júlio e Yugo, que desde o início estão ao meu lado, valeu galera.

Gratidão a todos os professores que tive ao longo da vida, pois sem vocês nada disso seria possível. Agradeço, ainda, a todos os funcionários que colaboram com o DEDIR, e pelo ensino de qualidade ofertado pela UFOP, que me proporcionou imensuráveis aprendizados.

Por fim, obrigado a todos vocês que, direta ou indiretamente, contribuíram para que esse momento fosse possível.

RESUMO

Em detida análise do arcabouço jurídico-penal pátrio, vislumbra-se a reprodução acrítica de teorias dogmáticas hermeticamente construídas sob o escopo de apresentar respostas ao seguinte questionamento: por que punir?. A partir de então, tem-se a constatação da importação de teses anacrônicas erigidas majoritariamente no contexto europeu, que não guardam mínima relação com o cenário fático latino-americano, e que, portanto, padecem de fulcral obsolescência ao tentarem justificar os fins da pena aplicada pelo judiciário brasileiro. Ao cabo, constata-se que a reprodução de discursos legitimadores do sistema punitivo encontra respaldo na clemência social por justicamentos, e redundando no recrudescimento do aparato penal, que por sua vez, conduz à violação generalizada de direitos fundamentais constatada no sistema prisional brasileiro, que para além de restringir a liberdade do apenado, lhe relega à condição de não humano. Nesse diapasão, à luz da Criminologia Crítica e dos desdobramentos dela advindos, impõe-se a busca pelo exercício do Direito Penal enquanto dique de contenção da torrente do poder punitivo, notadamente a partir da evidenciação das contradições inerentes ao sonambulismo jurídico brasileiro, o qual persiste em legitimar a sanha punitivista fundada na apresentação do enclausuramento prisional como a solução ideal à neutralização dos indivíduos marginalizados, quando estes incorrem em condutas desviantes e são filtrados pelos critérios de seletividade penal, essencialmente dotados de preconceções estereotipadas. Dessa forma, a presente monografia pretende se debruçar criticamente sobre as teorias tradicionais de justificação da pena, para, em sequência, responder à questão: Considerando-se as contradições inerentes ao discurso jurídico-penal no contexto pátrio, norteados por um sonambulismo jurídico que persiste na fundamentação calcada em discursos de justificação da pena, é possível delinear, à luz da criminologia crítica, uma desconstrução das teorias legitimantes das práticas punitivas de persecução do inimigo? Para realizar a atividade, adota-se como referência o pensamento da Criminologia Crítica, especialmente os trabalhos desenvolvidos por Juarez Cirino dos Santos.

Palavras-Chave: Direito Penal. Criminologia Crítica. Teorias de justificação da pena.

ABSTRACT

In a thorough analysis of the homeland criminal-legal structure, it is seen the non-critic reproduction of dogmatic theories completely built under the objective of presenting answers for the following question: why punishing? From then on, there is the verification of the import of the anticlockwise thesis raised mostly in the European context, that has little to do with the factual Latin-American scenario, that, however, suffers from an old-fashioned foundation when they try to justify the ends of the penalty applied by Brazilian judiciary. Finally, it is verified that the reproduction of legitimacy speeches of the punishing system finds support in social mercy for justice and redundant exacerbation in the criminal apparatus, for its part, it leads to a generalized violation of the fundamental rights presented in the Brazilian Prison System, that besides restricting the freedom of guilty people, relegate them to non-human condition. In the same line of reasoning, lightened by the Critical Criminology and its unfoldings, a search for the Criminal Right exercise is imposed while the spill pallet of the current punishing power, noticed from the evidence of inherent contradictions towards the Brazilian legal sleep-walking, which persists in legitimating the punishing grudge founded in the presentation of cloistered prison as an ideal solution for the neutralization of the marginalized individuals, when they are involved in outlaw conduct and are filtered by the criminal selectivity criteria, essentially gifted by stereotyped prejudice. This way, this monograph intends to develop a deep and critical study about the traditional theories of penalty justification and then answer the question: Considering the inherent contradictions of the legal-criminal speech in a homeland context, guided by a sleep-walking legal behavior that persists in a compressed foundation in penalty justified speech, is it possible to spot by the light of the critical criminology, a deconstruction of the legitimately theories of the punishing practices of persecution by the enemy? To have this activity accomplished, a thought of Critical Criminology is adopted as reference, especially the work developed by Juarez Cirino dos Santos.

Keywords: Criminal Law. Critical Criminology. Penalty Justification Theories.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	3
2. ASPECTOS TEÓRICOS DECORRENTES DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA	6
3. TESES TRADICIONAIS DE JUSTIFICAÇÃO DA PENA CRIMINAL.....	10
3.1 Teorias absolutas ou retributivas	11
3.2 Teorias relativas ou utilitaristas	14
3.2.1. <i>Prevenção Geral</i>	16
3.2.1.1. <i>Prevenção geral negativa</i>	17
3.2.1.2 <i>Prevenção geral positiva</i>	18
3.2.2. <i>Prevenção Especial</i>	21
3.2.2.1. <i>Prevenção especial negativa</i>	22
3.2.2.2. <i>Prevenção especial positiva</i>	23
3.3. Teorias mistas ou ecléticas	25
4. ANÁLISE DISRUPTIVA DOS DISCURSOS DE JUSTIFICAÇÃO DA PENA.....	27
4.1. Teorias absolutas ou retributivas	28
4.2. Teorias relativas ou utilitaristas	31
4.2.1. <i>Prevenção Geral</i>	31
4.2.1.1. <i>Prevenção geral negativa</i>	33
4.2.1.2 <i>Prevenção geral positiva</i>	35
4.2.2. <i>Prevenção Especial</i>	35
4.2.2.1. <i>Prevenção especial negativa</i>	36
4.2.2.2. <i>Prevenção especial positiva</i>	38
4.3. Teorias mistas ou ecléticas	39
4.4. Teoria negativa e agnóstica	41
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	45
REFERÊNCIAS	48

1. INTRODUÇÃO

Nos tempos atuais, deparamo-nos de modo corriqueiro com conflitos sociais explicitamente reproduzidos pelos meios de comunicação no cenário brasileiro, narrados a partir da simplificação de temáticas complexas, valendo-se de uma abordagem que elege inimigos comuns, permeia-se pela promoção de pânico moral e tonifica discursos de ódio, apontando o campo do direito penal como o remédio eficaz para o deslinde de todas as mazelas humanas.

Vivemos tempos em que os discursos de ódio são construídos e replicados incessantemente, fazendo-se ecoar, inclusive, entre profissionais contemporâneos do Direito Penal. E, assim, de onde se espera uma resposta racional para a mediação do conflito entre o infrator e a sociedade, o poder judiciário, orientado pelo sonambulismo jurídico¹ que funda-se em construções dogmáticas herméticas, ainda persiste na ideia de que a prisão é a melhor solução para dar uma resposta resolutiva para a sociedade, servindo como um meio de retribuir o mal causado pelo transgressor e dissuadir potenciais desviantes.

Nesta perspectiva, constata-se que o Direito Penal se apresenta como uma ferramenta de controle de comportamentos, construindo uma narrativa acerca da noção de criminoso e crime, que, ao final, atende ao propósito de persecução do inimigo e repressão de grupos previamente determinados e marginalizados, reforçando-se a desigualdade e a opressão de classe presentes na ordem social real².

No entanto, para além do manuseio do aparato penal como instrumento pretensamente idôneo para a promoção da paz social – como se vê rotineiramente propagado, em um sistema que afasta do convívio social parcela dos indivíduos alcunhados como dotados de alta periculosidade, sob o fito de ressocializá-los –, o que factualmente abstrai-se da materialidade das relações sociais, é a perpetuação de discursos legitimadores da pena, que estigmatizam e

¹ Precipuamente, demonstra-se essencial evidenciar a conceituação empregada no presente trabalho para a definição de “sonambulismo jurídico”, termo este fundamental para a compreensão das críticas desenvolvidas. Para tanto, cumpre colacionar as considerações propostas por Salah H. Khaled Jr., à página 19, do livro “*Justiça social e sistema penal*” 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, em que o autor expõe os seguintes termos: “(...) O Direito Penal deve ser confrontado com sua própria história, pois a maneira como ela é interpretada pelos penalistas demonstra um elevado nível de **sonambulismo jurídico**. **É preciso romper com programa dominante** e perceber que apesar de idolatrados ao longo dos séculos de construção dogmática, **conceitos como o direito de punir estatal e a crença infundada na “proteção de bens jurídicos”, desconsideram a realidade em nome de uma doentia vontade de sistema, que escamoteia os problemas concretos do real. Crenças utópicas como a do programa dominante somente são mantidas em um campo de saber hermeticamente fechado, que é desconectado do tempo vivido e blindado contra os outros saberes a partir de um conjunto de verdades absolutizadas**, que são pouco mais que **artifícios discursivos aptos a legitimar violências institucionais**. (...)” (Destaque nosso).

² SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Criminologia Radical*. Florianópolis: Empório do direito, Tirant lo Blanch, 2018, p. 15.

excluem indivíduos oriundos de classes marginalizadas. E assim, ante a constatação da disparidade existente entre a realidade carcerária e os discursos que se empenham em legitimá-la, impõe-se analisar minuciosamente as contradições inerentes ao sistema penal punitivo.

Dessarte, faz-se essencial distinguir os objetivos efetivamente atingidos por um sistema punitivo sobrecarregado, e, sob a ótica da Criminologia Radical, que propõe um elo entre a criminologia e a economia à luz do capitalismo, norteadas pelo autor Juarez Cirino dos Santos, constata-se que os propósitos atribuídos pelo discurso oficial ao sistema punitivo são fracassados, e portanto, devem ser categoricamente rechaçados. Por oportuno, cumpre evidenciar que a Criminologia Radical tem como objeto geral as relações sociais de produção e de reprodução político-jurídica da formação social, entendendo o capitalismo como um processo de reprodução de leis opressivas e métodos de repressão, seletivo de controle da narrativa e de segregação de certos grupos, os mesmos grupos de sempre³.

Nesse contexto, ressalta-se que a elaboração do presente estudo, voltado à verticalização do conhecimento na temática em apreciação, funda-se em instigações provenientes das abordagens críticas delineadas nas aulas expositivas das disciplinas de Direito Penal e Criminologia, cursadas ao longo da graduação perante a Universidade Federal de Ouro Preto – UFOP, e, notadamente, da leitura da dogmática penal crítica construída pelo professor André de Abreu Costa, na obra “Penas e Medidas de Segurança – Fundamentos e Individualização”⁴, na qual expõe-se didaticamente, e sob o viés questionador, o cerne dos fundamentos legitimadores da pena.

Desta feita, cumpre evidenciar que o presente trabalho partirá da apresentação dos pressupostos supracitados da Criminologia Crítica, para maturar os pilares de um estudo que pretende confrontar a irracionalidade do pensamento jurídico-penal sedimentado⁵.

Seguidamente, sob o intento de analisar e contrapor os fundamentos legitimadores da pena, abordar-se-á as teses tradicionais de justificação da pena criminal, a partir de criteriosa dogmática penal construída sob a égide de acepções ligadas à Criminologia Crítica.

Neste prospecto, após devidamente apresentado o objeto de análise do estudo em exame, ultimar-se-á a desconstrução das teorias legitimantes das práticas punitivas de persecução penal, acrescentando-se, para tanto, as contribuições providas pela perspectiva delineada por Maria Lúcia Karam, em sua obra “De Crimes, Penas e Fantasias”⁶, na qual a autora contrapõe

³ Ibid., p. 43.

⁴ COSTA, André de Abreu. *Penas e Medidas de Segurança: Fundamentos e Individualização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

⁵ KHALED JR., Salah H. *Justiça social e sistema penal*. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

⁶ KARAM, Maria Lúcia. *De Crimes, Penas e Fantasias*. Niterói – RJ: Luam, 1991.

argumentos empregados pela teoria dominante, demonstrando, na materialidade da estrutura social, a fantasia do cárcere como método de correção, tendo em vista que este não atinge a finalidade à qual se destina, mas apenas contribui para a desumanização dos indivíduos marginalizados, fazendo com que estes jamais tenham condições psicológicas de se reintegrarem à sociedade que os condenou.

Outrossim, impende sobrelevar a magnitude dos escritos de Salah H. Khaled Jr. na obra “Justiça Social e Sistema Penal”⁷, que corroboram com a desmistificação dos argumentos calcados em um sonambulismo dogmático que pretende sustentar os discursos de justificação da pena.

Por fim, sem perder de vista os apontamentos críticos desenvolvidos pela via abolicionista⁸, demonstrar-se-á as vitais contribuições do realismo marginal capitaneado por Eugenio Raúl Zaffaroni⁹, que possibilita o início da superação ao sistema punitivo, partindo-se de uma perspectiva de descrença a todo e qualquer apontamento positivo à pena, tratando-a como mera coerção e propondo uma redução de danos mediante a contenção da sanha punitivista. Para tanto, propõe-se o deslocamento do questionamento “por que punir” para “como punir”¹⁰, de modo a exigir que o poder estatal respeite minimamente as garantias constitucionais do apenado.

Diante do exposto, tem-se que a pertinência temática do presente trabalho reside, justamente, no fato de viabilizar uma análise que confronta o sonambulismo jurídico, que, em descompasso com a realidade, persiste na racionalização da inflição consciente de dor¹¹, à luz de fundamentos que não se sustentam e que legitimam, tão somente, a produção de sofrimento estéril¹².

Isto posto, uma vez evidenciado o percurso a ser trilhado, possibilita-se adentrar efetivamente no âmago do estudo, obstinando-se a responder o questionamento proposto, a partir da hipótese adotada, à luz da criminologia crítica.

⁷ KHALED JR., Salah H. *Justiça social e sistema penal*. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

⁸ HULSMAN, Louk. CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas perdidas: O sistema penal em questão*. 3ª ed. Niterói: Luam Editora, 1997.

⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 9. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, pp. 440/443.

¹⁰ Aula 1 – “Retribuição”, módulo 4, do “Curso Intensivo de Direito Penal e Criminologia”, ministrado pelo Prof. Salah H. Khaled Jr.

¹¹ CHRISTIE, Nils. *Uma quantidade razoável de crime*. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 124.

¹² HULSMAN, Louk. CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas perdidas: O sistema penal em questão*. 3ª ed. Niterói: Luam Editora, 1997. Pp. 61/62.

2. ASPECTOS TEÓRICOS DECORRENTES DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA

Como se sabe, o presente trabalho deve conter referenciação expressa acerca das fontes utilizadas ao longo do escrito. Todavia, com intuito de evidenciar previamente os pressupostos teóricos que norteiam o estudo e contextualizar o leitor no viés criminológico adotado, cumpre discorrer, neste capítulo, acerca das obras literárias que contribuíram fundamentalmente para o desenvolvimento do presente trabalho de conclusão de curso.

Para proceder a estruturação da temática ora discorrida, adotar-se-á como marco teórico os preceitos desenvolvidos pela Criminologia Crítica e os desdobramentos dela advindos. Neste sentido, demonstra-se pertinente delinear a concepção de Criminologia Crítica proposta por Alessandro Baratta, (1999, pp. 160/161¹³ *apud* SANTOS, 2021, pp. 255/256) conforme aludido por Juarez Cirino dos Santos, nos seguintes termos:

“(…) Duas são as etapas principais deste caminho. Em primeiro lugar, o deslocamento do enfoque teórico do autor para as condições objetivas, estruturais e funcionais, que estão na origem dos fenômenos do desvio. Em segundo lugar, o deslocamento do interesse cognoscitivo das causas do desvio criminal para os mecanismos sociais e institucionais através dos quais é construída a “realidade social” do desvio, ou seja, para os mecanismos através dos quais são criadas e aplicadas as definições de desvio e de criminalidade e realizados os processos de criminalização. [...] O salto qualitativo que separa a nova da velha criminologia consiste, portanto, principalmente, na superação do paradigma etiológico, que era o paradigma fundamental de uma ciência entendida, naturalisticamente, como teoria das causas da criminalidade. A superação deste paradigma comporta, também, a superação de suas implicações ideológicas: a concepção do desvio e da criminalidade como realidade ontológica preexistente à reação social e institucional e a aceitação acrítica das definições legais como princípio de individualização daquela pretendida realidade ontológica - duas atitudes, além de tudo, contraditórias entre si. (...)”¹⁴.

Logo, verifica-se desde já que, dada a análise pretendida ao escopo do presente estudo, a Criminologia Crítica demonstra-se mais apta a superar as limitações supracitadas das criminologias tradicionais, pois visa “*construir (i) uma teoria do crime/desvio fundada nos comportamentos socialmente negativos e (ii) uma teoria da criminalização fundada na estrutura socioeconômica da sociedade capitalista*”¹⁵. Deste modo, viabiliza-se adentrar propriamente nas questões estruturais e questionar os valores consolidados pelo discurso oficial que insiste em apontar o Direito Penal como a única solução viável a todo e qualquer conflito social.

¹³ BARATA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999, pp. 159/161.

¹⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Criminologia: contribuição para crítica da economia da punição*. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021. pp. 255/256.

¹⁵ *Ibid.*, pp. 251

Entrementes, ressalta-se a relevância das contribuições patrocinadas sob o espectro analítico do realismo marginal de Eugenio Raúl Zaffaroni, notadamente nos livros “Em busca das penas perdidas”¹⁶, “O Inimigo no Direito Penal”¹⁷ e “Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral”¹⁸, acerca da proposta de mudança de perspectiva sobre o exercício do Direito Penal no cenário latino-americano. Dessarte, o mencionado autor evidencia a patente ausência de funções positivas da pena, desnudando-se o viés legitimador das teorias de justificação da pena, mediante a explicitação dos factuais objetivos almejados e atingidos pela aplicação do castigo atinente à constrição da liberdade.

De igual modo, urge imperioso sobrelevar os ensinamentos de Juarez Cirino dos Santos, coligidos especialmente em suas obras “Direito Penal: Parte Geral”¹⁹, “A Criminologia Radical”²⁰ e “Criminologia: Contribuição Para Crítica da Economia da Punição”²¹, sob o fito de examinar e compreender as principais ponderações articuladas pelo autor às teorias tradicionais, e, posteriormente, assimilar os fundamentos das teorias radicais, relacionados ao crime e ao controle social, sob a ótica Criminológica Crítica, levando-se em conta, para fins de análise, a dimensão das estruturas econômicas e políticas, além de considerar as relações de poder e dominação intrínsecas ao capitalismo, nos seguintes termos:

“(...) O processo de formação e estruturação da Criminologia Radical é inseparável da crítica aos componentes ideológicos fundamentais da criminologia dominante, na medida em que constitui seu próprio perfil ideológico e científico por diferenciação e oposição àquela. A gênese crítica da Criminologia Radical começa nas questões conexas do conceito de crime e das estatísticas criminais, deslindando as implicações políticas e as premissas ideológicas que fundamentam as teorias criminológicas tradicionais e informam as ciências sociais, em geral, nas sociedades de classes, e prossegue nos aspectos superestruturais fetichizados das relações de produção, sob a teoria da inseparabilidade das lutas sociais contra a exploração econômica, no contexto das relações de produção, e contra a dominação política, no contexto das relações de poder, em que a prisão se caracteriza como a forma específica do poder burguês, “diretamente determinada pelo modo de produção capitalista” (Fine, 1980, p. 26) (...)”²².

¹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

¹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

¹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 14. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

¹⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 9. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

²⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Criminologia Radical*. Florianópolis: Empório do direito, Tirant lo Blanch, 2018.

²¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Criminologia: contribuição para crítica da economia da punição*. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.

²² SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Criminologia Radical*. Florianópolis: Empório do direito, Tirant lo Blanch, 2018, p. 10.

Logo, nos termos do excerto supracitado, demonstra-se que o mencionado saber criminológico visa perfazer uma análise holística das questões estruturais, para propor modificações na raiz das causas das desigualdades, superando assim a mera instrumentalização do saber criminológico como trivial supedâneo cientificista aplicado à manutenção do status quo ante orientado à perpetuação dos discursos oficiais.

Outrossim, para aprofundar nas acepções da Criminologia Crítica, mostra-se relevante a leitura da obra “De Crimes, Penas e Fantasias”, de Maria Lúcia Karam²³, em que a autora desconstrói toda a falácia da teoria dominante, demonstrando a falência do cárcere como método de imposição penal, evidenciando que se trata de um sistema opressor, que reproduz a falsa percepção de crime e criminoso perante a sociedade, e não atinge a finalidade à qual se destina. Neste sentido, a presente leitura procura apontar algumas alternativas para o aprimoramento de instrumental apto a controlar os reais aspectos problemáticos que circunscrevem a questão relativa à dependência de drogas lícitas e ilícitas. E assim, diversamente da política nacional de combate às drogas adotada pelo ordenamento pátrio, a autora não pretende indicar o sistema punitivo como uma fórmula mágica, mas sim propor alternativas que afastem essa falsa ilusão do cárcere como método punitivo eficaz.

Por fim, para contrapor os argumentos aplicados pelas teorias dominantes, e desconstruir todo esse sonambulismo jurídico que assola a realidade marginal da América Latina, demonstra-se necessária a leitura da obra nacional “Justiça Social e Sistema Penal”, de Salah H. Khaled Jr.²⁴, na qual o autor evidencia as contradições inerentes à dogmática penal quando esta se propõe a legitimar os discursos de justificação da pena. Isto pois, o que se tem na materialidade, é o recrudescimento do sistema punitivo, fundado essencialmente em seu atributo seletivo, que submete minorias às agruras de persecuções orientadas pela primazia da defesa do patrimônio em detrimento da garantia de condições mínimas de dignidade da população. Neste toar, tal como Zaffaroni, o autor Salah H. Khaled Jr. propõe a imprescindibilidade da assunção do Direito Penal enquanto dique de contenção da torrente do poder punitivo²⁵, visando a superação dos resquícios inquisitivos que permanecem refletindo o ideário fundante do Estado de Polícia²⁶, que obstina-se a lograr sua legitimação por meio do menoscabo às garantias de um pretense inimigo comum²⁷.

²³ KARAM, Maria Lúcia. *De Crimes, Penas e Fantasias*. Niterói – RJ: Luam, 1991.

²⁴ KHALED JR., Salah H. *Justiça social e sistema penal*. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

²⁵ KHALED JR., Salah H. *Justiça social e sistema penal*. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, pp. 37/39.

²⁶ *Ibid.*, p. 39.

²⁷ Neste azo, cumpre evidenciar que a menção ao termo “inimigo” decorre de expressa referenciação à obra de Eugenio Raúl Zaffaroni, que, à página 115, do livro “*O inimigo no Direito Penal*”, define que: “Ao revisarmos o exercício real do poder punitivo, verificamos que este sempre reconheceu um *hostis*, em relação ao qual operou

Isto posto, constata-se que a Criminologia Crítica dispõe de sólido aparato teórico, propício ao enfrentamento da lógica vigente no ordenamento jurídico pátrio que embasa a manutenção do cenário avassalador denotado no sistema carcerário brasileiro. Para tanto, tem-se que a mencionada vertente criminológica abstém-se de aderir ao discurso dominante que limita-se à apreciação de reflexões rasas, para aprofundar-se, de fato, nas condições superestruturais que permeiam a sociedade de classes e subjugam populações marginalizadas à luta pela mera sobrevivência.

Portanto, para fins metodológicos, registra-se, desde já, que o trabalho em questão partirá dos pressupostos teóricos supra expostos, de modo que, por consectário lógico, o desenvolvimento e a conclusão somente poderão ser efetivamente assimilados se considerado que a presente monografia não visa coadunar com os discursos de legitimação do Direito Penal, e tampouco assessorar os mecanismos de justiça para ratificar a lógica vigente.

Logo, não há compromisso de perpetuar o regular funcionamento de uma engrenagem jurídico-penal que elege seletivamente seus alvos e superlota o abarrotado sistema penitenciário. Diversamente, pretende-se avançar nas análises à luz da Criminologia Crítica, para suscitar a imprescindibilidade de mudar a perspectiva de atuação do Direito Penal, com o intuito de frear a sanha punitivista que, paulatinamente, solapa as garantias constitucionais do acusado e propaga a infundada construção imagética de inimigos comuns para, ao cabo, recrudescer a legislação penal a pretexto de combater os referidos inimigos fictícios.

de modo diferenciado, com tratamento discriminatório, neutralizante e eliminatório, a partir da negação da sua condição de pessoa, ou seja considerando-o basicamente em função de sua condição de *coisa* ou *ente perigoso*. Por seu turno, um rápido exame da doutrina jurídico-penal, isto é, discurso do saber jurídico e também da pretensa ciência empírica que o alimentou, demonstra que esta se ocupou em legitimar amplamente a já assinalada discriminação operativa. No geral, essa maneira de agir pretendia basear-se em uma individualização supostamente *ôntica* de certas pessoas como *inimigos*, sob a forma de uma *imposição do fato ao direito*, em função da necessidade criada pela emergência de plantão invocada. (...)”.

3. TESES TRADICIONAIS DE JUSTIFICAÇÃO DA PENA CRIMINAL

Conforme será apreciado ao presente tópico, demonstrar-se-á que os discursos que buscam justificar a pena partem de pressupostos distintos, mas, ao cabo, orientam-se a responder ao seguinte questionamento: “por que punir?”. Entretanto, conforme esboçar-se-á, as mencionadas teses redundam na obstinação pela legitimação de um poder punitivo perseguidor, que, ao contrário do que propõem no campo teórico, na prática atingem resultados adversos que violam garantias constitucionais.

Neste sentido, em que pese a incongruência verificada entre os fins alegados e os resultados atingidos pelos discursos de justificação da pena, demonstra-se a importância de analisá-las, visto que a prática jurídico-penal se fundamenta essencialmente à luz dos mencionados discursos, ao passo que a desconstrução desses deve perfazer uma profunda análise das contradições que lhes são inerentes. E, neste viés, se faz necessário mencionar o seguinte trecho da obra “Direito Penal Brasileiro”²⁸, acerca da necessidade de explorar a lógica fundante dos referidos discursos, sob o fito de confrontá-los, nos seguintes termos:

“(…) Existem duas razões básicas que impedem evitar a menção dos discursos legitimantes do poder punitivo: a) Em primeiro lugar, porque conservam vigência, apesar de não serem atualmente enunciados em forma pura ou originária mas em construções ecléticas que os justapõem, formulando-os sob novas formas enunciativas. A rigor, não há novos discursos legitimantes, mas sim novas combinações e formulações dos tradicionais. b) De sua visão conjunta, resulta uma clara disparidade – que nunca é de detalhe, mas dos próprios fundamentos – razão pela qual dá lugar a construções diversas e completamente incompatíveis. Isso evidencia escassa solidez fundamentadora e crise permanente no discurso. Na prática, traduz-se em uma pluralidade de discursos legitimantes que permitem racionalizar” qualquer decisão, através tão-somente da escolha do discurso mais apropriado entre os que são apresentados. Um direito penal elaborado dogmaticamente, mas que termina em uma prática tópica (porque permite que o operador escolha primeiro a decisão e, depois, procure o fundamento), exhibe o descumprimento da promessa dogmática de previsibilidade). (...)”²⁹.

À vista disso, salienta-se que as análises declinadas ao presente estudo se destinarão em face das três vertentes teóricas predominantes que visam explicar racionalmente, e de maneira positiva, os fins atribuídos à pena criminal, quais sejam³⁰: 1 – teorias absolutas ou retributivas; 2 – teorias relativas ou utilitaristas; 3 – teorias mistas ou ecléticas.

²⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

²⁹ *Ibid.*, p. 114.

³⁰ COSTA, André de Abreu. *Penas e Medidas de Segurança: Fundamentos e Individualização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 50.

Neste prospecto, as primeiras teses a serem examinadas serão as denominadas absolutas ou retributivas³¹, que justificam a pena como um ônus direcionado ao infrator em correspondência a um mal causado por este, ao incorrer em práticas dissonantes ao ordenamento jurídico. Sobre o viés legitimador do retributivismo, tem-se que a pena seria um fim em si mesma, e portanto, sem qualquer efeito reparatório, seja ele individual ou coletivo. E assim, poderia-se resumir a finalidade da pena tão somente à retribuição de um mal mediante o emprego de outro mal, atinente à reclusão.

Posteriormente, analisar-se-á as teorias relativas ou utilitaristas³² e todas as suas particularidades, que, ao perceberem a ineficácia do pensamento retributivista, propuseram o chamado preventivismo utilitário, os quais atribuem à pena duas finalidades, quais sejam, “preventiva especial” e “preventiva geral”, ambos em forma positiva e negativa, que serão abordadas em tópico subsequente.

Ainda, em se tratando das teses tradicionais de justificação da pena criminal, serão analisadas as chamadas “teorias ecléticas” (unificadoras, ou mistas), que propõem uma “*combinação entre as funções retributivas, aos moldes das teorias absolutas, e funções preventivas, aos moldes das relativas*”³³. Ocorre que, como será melhor demonstrado posteriormente, a referida combinação possui alguns elementos conflitantes, principalmente em relação à função da pena.

Neste sentido, passa-se a abordar propriamente os fundamentos das teorias retro mencionadas, para posteriormente propor uma análise ponderada a partir da criminologia crítica.

3.1 Teorias absolutas ou retributivas

Acerca das denominadas teorias absolutas, verifica-se que a acepção retributiva da pena é uma das mais populares funções atribuídas à pena criminal³⁴, ao passo que todo o seu estudo possui um viés legitimador, justificando a pena como um ônus direcionado ao infrator em contrapartida a um mal causado por este, por agir em desacordo com as normas legais

³¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 9. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, pp. 431/433.

³² *Ibid.*, 433/437.

³³ COSTA, André de Abreu. *Penas e Medidas de Segurança: Fundamentos e Individualização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 110.

³⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 9. Ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 431.

existentes³⁵. Logo, a pena seria um mal justo e necessário, imposta pelo Estado para repelir um mal injusto cometido pelo agente desviante.

Nesse sentido, impende colacionar, *ipsis litteris*, a definição alcunhada por Roxin (1997, pp. 81/82³⁶ *apud* COSTA, 2016, p. 53³⁷) acerca do retributivismo, visto que abarca os objetivos almejados pela mencionada teoria de justificação da pena, nos seguintes termos:

“(...) A teoria da retribuição não encontra o sentido da pena na persecução de fim algum socialmente útil, senão em que mediante a imposição de um mal merecidamente se retribui, equilibra e expia a culpabilidade do autor pelo fato cometido. Fala-se aqui de uma teoria “absoluta” porque para ela o fim da pena é independente, “desvinculado” de seu efeito social (lat. absolutas = desvinculado). A concepção da pena como retribuição compensatória já é conhecida desde a antiguidade e permanece viva na consciência profana com uma certa naturalidade: a pena deve ser justa e isso pressupõe que corresponda em sua duração e intensidade com a gravidade do delito, que o compense. (...)”³⁸.

Desta feita, extrai-se das teorias absolutas a busca por um suposto equilíbrio entre o injusto cometido e a pena a ser aplicada em face do indivíduo desviante. Porém, diante da inexistência de equiparação visível entre a duração da sanção a ser aplicada e a intensidade da gravidade do delito cometido, tem-se que, se levado às últimas consequências, para retribuir igualmente o mal cometido por um agente, concluir-se-ia pelo retorno à lei de talião, por meio da qual a prática de um injusto penal acarretaria no direito de o ofendido retribuir na mesma medida o mal sofrido.

Sob o fito de aprofundar na análise da teoria *sub examine*, impende evidenciar as leituras clássicas de Kant e Hegel, que orientam-se à racionalização do sistema punitivo para atribuir ao castigo uma serventia que legitime os fins da pena.

Neste sentido, ao abordar o modelo delineado por Kant, tem-se que Zaffaroni sintetiza que as teorias absolutas tendem a “a) retribuir b) para garantir externamente a eticidade c) quando uma ação objetivamente a contradiga d) infligindo um sofrimento equivalente ao injustamente produzido (talião)”³⁹.

³⁵ Aula 1 – “Retribuição”, módulo 4, do “Curso Intensivo de Direito Penal e Criminologia”, ministrado pelo Prof. Salah H. Khaled Jr.

³⁶ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General: Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Madri: Civitas, 1997.

³⁷ COSTA, André de Abreu. 3.3.1. *O retributivismo*. In: *Penas e Medidas de Segurança: Fundamentos e Individualização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

³⁸ *Ibid.*, p. 53.

³⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 115.

Portanto, para Kant⁴⁰, a pena sob o viés da retribuição é vista de forma ética, como um merecimento, ou seja, devemos castigar por uma exigência de justiça. A respeito de tal afirmação, conclui-se que a pena seria um fim em si mesmo, ou seja, não almeja qualquer efeito reparatório, tanto social quanto psicológico do indivíduo, mas visa apenas retribuir um mal empregando outro mal, qual seja, o cárcere. E assim, verifica-se que não haveria nenhuma finalidade prática na atribuição da pena, visto que se pune meramente por punir.

Por sua vez, Hegel⁴¹ propõe uma perspectiva dialética do castigo, ainda à luz da proposta retributiva, da seguinte maneira: a) existe uma tese, qual seja, a norma vigente, cuja legitimidade não há de ser contrariada, visto que emana do Estado, e portanto estaria em uma posição de superioridade em relação à individualidade; b) ato contínuo, apresenta-se uma antítese, concernente à violação da norma vigente; c) e por fim, surge uma síntese, que seria a aplicação do castigo, para que, com isso, a validade da norma seja reafirmada perante a sociedade e ao próprio indivíduo desviante.

Para Hegel⁴², a aplicação do castigo ao indivíduo seria um direito do apenado, e que, cumprindo esse direito, dando ao indivíduo o seu castigo merecido, o mesmo teria sua dignidade devolvida, o que, factualmente, só existe no campo teórico. Isto posto, frisa-se que, para o retributivismo, o sentido do castigo seria a reafirmação da validade do direito diante de uma violação individualizada da norma, ilustrado no esquema esboçado em tese, antítese e síntese.

Por fim, menciona-se aqui um trecho da obra “Direito penal: parte geral - 9.ed. rev. atual e ampl. - São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020”, na qual o professor Juarez Cirino dos Santos faz uma breve síntese acerca das possíveis explicações para a sobrevivência da função retributiva:

“(…) A literatura penal possui várias explicações para a sobrevivência da função retributiva da pena criminal. Primeiro, a psicologia popular, evidentemente regida pelo talião, poderia ser a base antropológica da pena retributiva: a retaliação expressa no *olho por olho, dente por dente* constitui mecanismo comum dos seres zoológicos e, por isso, atitude generalizada do homem, esse *zoon politikon*. Segundo, a tradição religiosa judaico-cristã ocidental apresenta uma imagem retributivo-vingativa da justiça divina, que talvez constitua a influência cultural mais poderosa sobre a disposição psíquica retributiva da psicologia popular - portanto de origem mais social do que biológica. Terceiro, a filosofia idealista ocidental é retributiva. KANT (1724-1804) define a justiça retributiva como *lei inviolável*, um *imperativo categórico* pelo qual *todo aquele que mata deve morrer*, para que cada um *receba o valor de seu fato* e a *culpa do sangue* não recaia sobre o povo que não puniu seus culpados; HEGEL (1770-1831) define crime como *negação do direito* e pena como *negação do crime* - portanto, como *reafirmação* do direito - e considera a justiça retributiva a única digna do ser humano: criticou a teoria da *coação psicológica* de FEURBACH (1775-1833) porque não tratava o homem como ser “*dotado de honra e liberdade*”, mas como um

⁴⁰ Aula 1 – “Retribuição”, módulo 4, do “Curso Intensivo de Direito Penal e Criminologia”, ministrado pelo Prof. Salah H. Khaled Jr.

⁴¹ Ibid.

⁴² Ibid.

ção ameaçado com um bastão. Quarto, o discurso *retributivo* baseia-se na lei penal, que consagra o princípio da retribuição: o legislador determina ao juiz aplicar a pena conforme *necessário e suficiente para reprovação do crime* (art. 59, CP) - por essa via, o discurso retributivo alcança a jurisprudência criminal, para a qual a pena criminal é *retribuição* através da imposição de um mal. (...)”⁴³.

Diante disso, ressalta-se que, longe de ter se extinguido, o retributivismo persiste intrínseco nos discursos de legitimação dos fins alegados da pena. Deveras, notadamente fora revigorado pelo clamor social por vingança, instigada em delitos amplamente disseminados nos meios de comunicação e retratado de modo a reproduzir pânicos morais. Por oportuno, salienta-se que, após a apresentação de todas as teses de justificação da pena propostas ao presente estudo, será elaborada a respectiva análise crítica ao retributivismo e às demais teorias.

Isto posto, passa-se a analisar as chamadas teorias relativas ou utilitaristas, que propõem uma alternativa diversa da retributiva.

3.2 Teorias relativas ou utilitaristas

A partir do apontamento de aspectos relativos às teorias absolutas, menciona-se a construção das teorias relativas ou utilitaristas, que “*levam em conta que a pena deve funcionar como elemento de política criminal, a partir do qual possam ser realizadas intervenções na realidade ético-política, no sentido da minoração ou evitamento de condutas lesivas ou perigosas a bens jurídicos*”⁴⁴. Portanto, vê-se que, embora persista no intento de justificar os fins da pena, o preventivismo utilitário diverge das teorias absolutas ao superar a finalidade de meramente retribuir o mal mediante o enclausuramento, para pretensamente dissuadir os possíveis alvos da lei penal para que não incorram em ações tipificadas como crimes.

Neste sentido, depreende-se que, à luz das teorias preventivistas, a finalidade da pena não se esgotaria em si mesma, mas, diversamente, poderia-se atribuir ao castigo penal dois aspectos voltados ao seu escopo, quais sejam: a) prevenção geral, em que o efeito da pena se orientaria à sociedade que sequer delinquir; e b) prevenção especial, segundo a qual expressa-se que a pena surte efeito somente ao apenado.

No que concerne à mencionada subdivisão da classificação das teorias relativas, faz-se importante mencionar, a título de organização expositiva, o seguinte trecho extraído da obra

⁴³ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 9. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. pp. 431 e 432.

⁴⁴ COSTA, André de Abreu. 3.3.2. *O preventivismo utilitário (teorias relativas)*. In: *Penas e Medidas de Segurança: Fundamentos e Individualização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. pp. 85.

“Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito”, de Eugenio Raúl Zaffaroni, que expressa os termos expostos a seguir:

“(…) Existem dois grandes grupos de modelos legitimantes do poder punitivo, constituídos a partir de funções manifestas da pena: a) o que pretende que o valor positivo da criminalização *atue sobre os que não delinquiram*, das chamadas *teorias da prevenção geral*, as quais se subdividem em *negativas* (dissuasórias) e *positivas* (reforçadoras).; e b) o que afirma que o referido valor *atua sobre os que delinquiram*, das chamadas *teorias da prevenção especial*, as quais se subdividem em *negativas* (neutralizantes) e *positivas* (ideologias re: reproduzem um valor positivo na pessoa). (…)⁴⁵.

De igual modo, ao abordar as finalidades da pena, suscitadas a partir do viés preventivista, em suas modalidades geral e especial, Hassemer afirma que:

“(…) Essas teorias possuem duas orientações finalísticas: uma variante “preventiva especial”, que dirige a sua atenção ao autor concreto condenado a uma pena e espera para ele, a partir da pena, um efeito “ressocializador”, um efeito de adaptação; e uma variante “preventiva geral” que se interessa pela generalidade dos cidadãos e, através da pena e da execução penal, espera em sua concepção estrita (apenas) uma intimidação do potencial delinquente, e em sua concepção ampla robustecer a consciência normativa de todos. (…)⁴⁶.

Isto posto, sobreleva-se que a finalidade “preventiva especial” é calcada na aplicação da pena ao autor, com a perspectiva de que este supostamente se recupere e, ao final, se ressocialize. Por outro lado, a finalidade “preventiva geral” se orienta a exercer uma pretensa forma de conscientização normativa, fundada na intimidação direcionada à sociedade.

De mais a mais, evidencia-se que ambos os modelos preventivos, geral e especial, possuem variantes positivas e negativas. Nesse toar, importante colacionar o seguinte trecho, extraído da obra, já citada, “Penas e Medidas de Segurança – Fundamentos e Individualização”, que, em expressa menção aos ensinamentos de Ferrajoli (2002, pp. 212/213⁴⁷ *apud* COSTA, 2016, p. 87⁴⁸), assim dispõe sobre as distinções suscitadas pela doutrina penal nacional, acerca das espécies e formas de prevenção:

“(…) Combinando os dois critérios, teremos quatro tipos de doutrinas relativas ou utilitaristas, caracterizadas, respectivamente, pelas quatro finalidades preventivas supradescritas, ou seja: aa) doutrinas da *prevenção especial positiva* ou da correção, que conferem à pena a função positiva de corrigir o réu; ab) doutrinas da *prevenção*

⁴⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 115.

⁴⁶ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Porto Alegre: Safe, 2005. p. 369.

⁴⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

⁴⁸ COSTA, André de Abreu. 3.3.2. *O preventivismo utilitário (teorias relativas)*. In: *Penas e Medidas de Segurança: Fundamentos e Individualização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. pp. 87.

especial negativa ou da incapacitação, que lhe dão a função negativa de eliminar ou, pelo menos, neutralizar o réu; ba) doutrinas de *prevenção geral positiva* ou da *integração*, que lhe atribuem a função positiva de reforçar a fidelidade dos cidadãos à ordem constituída; bb) doutrinas da *prevenção geral negativa* ou da *intimidação*, que lhe conferem a função de dissuadir os cidadãos por meio do exemplo ou da ameaça que a mesma constitui. (...)”⁴⁹.

Desse modo, uma vez introduzido o pensamento preventivista como um todo, abordar-se-á em seguida as finalidades da pena existentes no referido viés teórico, à luz de suas peculiaridades e subdivisões.

3.2.1. Prevenção Geral.

Acerca da prevenção geral, verifica-se que o seu estudo é voltado à prevenção de futuros delitos, direcionado à coletividade social. Oriunda do pensamento perpetuado por Paul Johann Anselm Von Feuerbach, através da teoria da coação psicológica, a pena teria uma função de dissuadir potenciais delinquentes.

Nesta perspectiva, constata-se que “a prevenção geral está baseada na pressuposição de que punir um criminoso irá influenciar outros a não cometer o mesmo crime” (FLETCHER, 1998, p. 30⁵⁰ *apud* COSTA, 2016, p. 89⁵¹). Isto posto, verifica-se que as teorias da prevenção geral, em síntese, têm como objetivo a prevenção de futuros delitos que porventura venham a ser praticados pelos membros da sociedade.

Parte da doutrina reconhece duas finalidades almeçadas com a aplicação da pena, uma finalidade positiva e uma negativa. Acerca de tais distinções, menciona-se um trecho da obra “Direito Penal - Parte Geral”, de autoria de Juarez Cirino dos Santos, onde o autor faz uma breve síntese acerca da distinção entre a prevenção geral em sua modalidade positiva e sua forma negativa:

“(…) A prevenção geral *negativa* aparece na forma tradicional de *intimidação penal*, expressa na célebre teoria da *coação psicológica* de FEUERBACH (1775-1833): o Estado espera que a ameaça da pena desestime pessoas a praticarem crimes. A prevenção geral *positiva* - também chamada teoria da *prevenção/integração* - surge no final do século 20 e pretende representar o novo fundamento do sistema penal. A base sociológica da teoria foi desenvolvida por LUHMANN, que atribui ao Direito as

⁴⁹ *Ibid.*, p. 87.

⁵⁰ FLETCHER, George P. *Basic Concepts of Criminal Law*. New York: Oxford, University Press, 1998.

⁵¹ COSTA, André de Abreu. 3.3.2. *O preventivismo utilitário (teorias relativas)*. In: *Penas e Medidas de Segurança: Fundamentos e Individualização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. pp. 89.

funções (a) de estabilização do sistema social, (b) de orientação da ação (e) de institucionalização de expectativas normativas. (...)”⁵².

Quanto à sua subdivisão, verifica-se que a vertente negativa assume uma função de dissuadir ou intimidar seus possíveis delinquentes, ao passo que a vertente positiva possui uma função de reforçar e reafirmar a fidelidade da coletividade para com as normas vigentes.

Neste sentido, abordar-se-á seguidamente as versões positiva e negativa da teoria da prevenção geral.

3.2.1.1. *Prevenção geral negativa.*

A prevenção geral na sua forma negativa, conhecida como teoria da ameaça penal, idealizada pela “Teoria da Coação Psicológica” de Feuerbach, sustenta que a pena possui uma finalidade intimidadora, capaz de promover um efeito de dissuasão, uma espécie de coação psicológica direcionada à coletividade, fazendo com que a sociedade, racionalmente, deixe de cometer uma conduta indesejada⁵³. Sob a ótica da prevenção geral negativa, a pena aparece como uma forma de intimidação penal, imposta pelo Estado à coletividade, o qual espera que, com essa ameaça da pena, os potenciais desviantes do sistema se sintam desestimulados a praticarem crimes.

Acerca das teorias da prevenção geral negativa, urge imperioso colacionar um trecho da obra “Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal”, de autoria de Eugenio Raúl Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar, que sintetiza a conceituação da prevenção geral negativa, nos termos a seguir expostos:

“(…) As teorias da *prevenção geral negativa* (cujos modelos são Feuerbach e Romagnosi) se aproximam das absolutas quando pretendem a) dissuadir b) para assegurar os bens daqueles que poderiam ser futuras vítimas de outros, postos em perigo pelo risco de imitação da c) lesão aos direitos da vítima e d) por isso, carentes de retribuição na medida da injustiça e da culpabilidade pelo ato. Elas se acham ainda mais próximas em uma *segunda versão* que aspira à a) dissuasão para b) introduzir obediência ao estado, c) lesionado por uma desobediência objetiva d) apenada na medida adequada à retribuição do injusto. Distanciam-se elas das teorias absolutas em uma *terceira versão* na qual a) a dissuasão persegue b) tanto a obediência ao estado quanto a segurança dos bens daqueles que não são vítimas, c) o delito é uma sintoma de dissidência (inferioridade ética) e d) a medida da pena deve ser a retribuição por

⁵² SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 9. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 435.

⁵³ *Ibid.*, 435.

essa condução desobediente da vida. Nas *três versões* a medida da pena é uma moderação da *exemplarização*. (...)”⁵⁴.

A teoria defendida por Feuerbach sustenta que o direito é quem pode apresentar a solução para os problemas que envolvem a criminalidade, através da “coação psicológica”, ou seja, imposição de medo pelo Estado. Assim, partindo-se da ideia da pena enquanto intimidação e da inflição de medo, esta serviria como uma ameaça aos potenciais desviantes, de modo que o cidadão, ao ver-se em situação de possível prática penal, pondere racionalmente tal conduta, gerando um certo temor ao indivíduo.

Neste sentido, ao tratar da prevenção geral negativa, o professor André de Abreu Costa aduz em sua obra que:

“(…) A força dissuasória estaria concentrada na própria pena, como um determinante contramotivacional da realização do comportamento. Dessa forma, é o medo da sanção penal que faz com que os indivíduos, em geral, deixem de cometer infrações penais. Não se trata, aqui, de um reforço dos laços sociais por intermédio da pena, como um instrumento de rememoração e valores relevantes. Trata-se, isso sim, da utilização da *força* da pena como instrumento de intimidação dos destinatários da lei penal. (...)”⁵⁵.

Isto posto, analisadas as questões relacionadas à presente vertente, verifica-se que esta atribui à pena a finalidade de representar-se como um instrumento capaz de intimidar futuros delinquentes. Aqui, o Direito Penal abstém-se de proteger o bem jurídico tutelado anteriormente, qual seja, a pessoa afetada, para preocupar-se com futuras condutas indesejadas. Diante das considerações supracitadas, permite-se passar à apresentação da prevenção geral positiva, conforme será exposto ao tópico subsequente.

3.2.1.2 Prevenção geral positiva.

Por outro lado, vale mencionar a prevenção geral na sua forma positiva, a qual visa o restabelecimento da ordem pública, da paz e tranquilidade social, reafirmando a validade da norma, bem como a autoridade do Estado através do Direito Penal⁵⁶. Para fins de

⁵⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. pp. 115/116.

⁵⁵ COSTA, André de Abreu. 3.3.2.1.2. *A prevenção geral negativa*. In: *Penas e Medidas de Segurança: Fundamentos e Individualização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. pp. 95

⁵⁶ Aula 5 – “Prevenção Geral Positiva”, módulo 4, do “Curso Intensivo de Direito Penal e Criminologia”, ministrado pelo Prof. Salah H. Khaled Jr.

contextualização, impende colacionar o seguinte excerto, atinente às contribuições de Hassemer ao desenvolvimento da teoria em questão:

“(...) Winfried Hassemer, ao articular a tese da prevenção geral positiva, vai dizer que, em resumo, esta se sustenta em quatro pilares: a) a ressocialização do criminoso e a intimidação geral são meios de empoderamento das normas fundamentais; b) a justiça criminal só tem sentido com a representação pública, isto é, para que haja uma estabilização da norma na realidade prático-cotidiana, é necessário que a atuação da norma penal chegue de forma clara e confiável até a população; c) a justiça criminal é justiça do caso concreto, devendo, pois, refletir a pessoa do delinquente e suas particularidades, já que o juízo de culpabilidade se faz de forma individualizada; d) a justiça penal deve ser previsível, quer dizer, funcionar a partir da assunção de uma postura normativa. (HASSEMER, 1999, P. 112). (...)”⁵⁷.

Por sua vez, o autor Eugenio Raúl Zaffaroni, ao abordar a prevenção geral positiva, sob escrutínio de uma percepção latino-americana, alcunhou a presente versão de eticizante, ao afirmar que:

“(...) A prevenção geral positiva sustentada na referida versão e assentada na concepção sistêmica da sociedade foi procedida por outra, no quadro de uma *eticização* do discurso penal. Tal *versão eticizante da prevenção geral positiva* pretende que o poder punitivo fortaleça os valores ético-sociais (isto é, o valor de atuar de acordo com o direito) mediante o castigo para suas infrações. Embora essa *versão eticizante* propusesse também a proteção de bens jurídicos (tendo em vista que o fortalecimento do valor que orienta a conduta de acordo com o direito diminui a frequência das ações que o ferem), a função básica seria a primeira: o fortalecimento da consciência jurídica da população. Ambas as versões se combinam na fórmula segundo a qual *a tarefa do direito penal é a proteção de bens jurídicos mediante a proteção de valores ético-sociais de ação elementares*. Tal função explicaria por que as violações aos direitos impostos pelos valores mais primários ou elementares (abster-se do parricídio, por exemplo) exigem penas mais severas e vice-versa. (...)”⁵⁸.

Deste modo, constata-se que a versão eticizante, delineada pelo referido autor, possui raízes na sociologia durkheimiana, visto que Durkheim, “*a partir de uma Sociologia Positiva, propõe a existência objetiva do fato social, havendo fora de cada um dos indivíduos e sobre eles exercendo algum tipo de pressão*”⁵⁹.

De mais a mais, importante faz-se ressaltar o trecho exposto abaixo, atinente à obra “Direito penal: parte geral - 9.ed. rev. atual e ampl. - São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020”, do professor Juarez Cirino dos Santos, que discorre acerca dos fundamentos da teoria em comento:

⁵⁷ COSTA, André de Abreu. 3.3.2.1.1. *A prevenção geral positiva*. In: *Penas e Medidas de Segurança: Fundamentos e Individualização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. pp. 93.

⁵⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 124.

⁵⁹ COSTA, André de Abreu. 3.3.2.1.1. *A prevenção geral positiva*. In: *Penas e Medidas de Segurança: Fundamentos e Individualização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 91.

“(...) A prevenção geral positiva - também chamada teoria da *prevenção/integração* - surge no final do século 20 e pretende representar o novo fundamento do sistema penal. A base sociológica da teoria foi desenvolvida por LUHMANN, que atribui ao Direito as funções (a) de estabilização do sistema social, (b) de orientação da ação (c) de institucionalização de expectativas normativas. Nessa linha, aparecem duas variantes: a) ROXIN concebe a prevenção geral *positiva* no contexto de outras funções *declaradas* da pena criminal, legitimada pela *proteção de bens jurídicos*, de natureza *subsidiária* (existem outros meios mais efetivos) e *fragmentária* (proteção parcial dos bens jurídicos selecionados); b) JAKOBS concebe a prevenção geral positiva de modo absoluto, excluindo as funções declaradas de intimidação, de correção e de retribuição do discurso punitivo: a pena é *afirmação da validade da norma penal* violada - definida como *bem jurídico-penal*, categoria formal substitutiva da categoria real do *bem jurídico* -, aplicada com o objetivo de estabilizar as expectativas *normativas* e de *restabelecer a confiança* no Direito, frustradas pelo crime. (...)”⁶⁰.

Neste prospecto, verifica-se que, da prevenção geral positiva decorrem duas variantes, uma proposta por Roxin, que atribui à pena uma função de conservação e reforço do ordenamento jurídico perante a sociedade, obtendo seu cerne na proteção de bens jurídicos. Por outro lado, Jakobs afasta as funções declaradas de intimidação, afigurando-se a pena enquanto reafirmação da validade da norma tão-somente, definindo a lei penal como o bem jurídico tutelado.

Outrossim, cabe mencionar outro autor propulsor de viés preventivo geral positivo, qual seja, Hans Welzel. Em conformidade com o pensamento anteriormente mencionado, Welzel não descarta a ideia de que cabe ao direito penal proteger bens jurídicos, todavia essa proteção seria uma função de menor importância, uma função negativo-preventiva ou policial-preventiva⁶¹.

Deste modo, impende relacionar um trecho da obra “Penas e Medidas de Segurança: Fundamentos e Individualização”, em que o professor André de Abreu Costa, em referência aos ensinamentos de Gunther Jakobs, aduz que:

“(...)O resultado alcançado - a pena como confirmação da configuração da sociedade - tem pontos de estreito contato com uma teoria recente de acordo com a qual a pena tem a missão preventiva de manter a norma como esquema de orientação, no sentido de que aqueles que confiam numa norma devem ser confirmados em sua confiança. Fala-se de prevenção geral positiva - não intimidatória, mas como se tem dito, confirmatória - é, dizer, de uma confirmação perante todos. Essa teoria da prevenção geral positiva não carece de antecessores, porém é próxima, por sua vez, à doutrina de Welzel segundo a qual o Direito Penal tem uma “função ético-social”, que forma o juízo ético-social dos cidadãos. (...)”⁶².

⁶⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 9. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. pp. 435/436.

⁶¹ Aula 5 – “Prevenção Geral Positiva”, módulo 4, do “Curso Intensivo de Direito Penal e Criminologia”, ministrado pelo Prof. Salah H. Khaled Jr.

⁶² COSTA, André de Abreu. 3.3.2.1.1. *A prevenção positiva*. In: *Penas e Medidas de Segurança: Fundamentos e Individualização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 94

Isto posto, verifica-se que Jakobs rechaça as funções declaradas de intimidação da pena, sendo esta afirmação da validade da norma penal (bem jurídico tutelado), ao passo que, para Welzel, a maior relevância na finalidade preventivista geral positiva estaria na função ético-social, de modo que, através do Direito Penal, fomentaria-se a ética da própria sociedade, encarregada de fundar no âmbito da subjetividade do cidadão os valores éticos de maior relevo, de maior valia, zelar por essa ética social.

Verificadas as questões relativas à teoria geral, abordar-se-á seguidamente as peculiaridades da prevenção especial que, ao contrário do proposto pela teoria geral, possui sua finalidade centrada na pessoa do apenado.

3.2.2. *Prevenção Especial.*

No que se refere à prevenção especial, verifica-se que o seu discurso é voltado especificamente à pessoa do condenado por violar as normas vigentes, ou seja, o Estado pune o infrator para que o mesmo não volte a delinquir. Desta maneira, tem-se que “*a prevenção especial significa que o criminoso condenado será dissuadido de futuros crimes, depois de sua soltura*” (FLETCHER, 1998, p. 30⁶³ *apud* COSTA, 2016, p. 98⁶⁴).

Desta feita, tal como a segmentação constatada na seara da prevenção geral, a prevenção especial também subdivide-se em negativa e positiva. Para demonstrar tal ramificação, relevante se faz mencionar o excerto abaixo transcrito, oriundo da obra do professor Juarez Cirino dos Santos, “Direito penal: parte geral - 9.ed. rev. atual e ampl. - São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020”, na qual o autor faz uma breve distinção entre as funções positiva e negativa da prevenção especial:

“(...) A execução do programa de *prevenção especial* ocorre em dois processos simultâneos, pelos quais o Estado espera evitar crimes futuros do condenado: por um lado, a **prevenção especial negativa** de *neutralização* (ou *inocuidade*) do condenado, consistente na incapacitação para praticar novos crimes durante a execução da pena; por outro lado, a **prevenção especial positiva** de *correção* (ou *ressocialização*) do condenado, realizada pelo trabalho de psicólogos, sociólogos, assistentes sociais e outros funcionários da *ortopedia moral* do estabelecimento penitenciário - segundo outra fórmula antiga: *punitur, ne peccetur*. (...)”⁶⁵.

⁶³ FLETCHER, George P. *Basic Concepts of Criminal Law*. New York: Oxford, University Press, 1998.

⁶⁴ COSTA, André de Abreu. 3.3.2. *O preventivismo utilitário (teorias relativas)*. In: *Penas e Medidas de Segurança: Fundamentos e Individualização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. pp. 98.

⁶⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 9. Ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. pp. 433 e 434.

Nesse toar, constata-se que a prevenção especial negativa ocorre com a reclusão do indivíduo, incapacitando-o de praticar quaisquer crimes durante a execução da pena, e, mediante a aplicação da medida de restrição do direito, a prevenção especial positiva aparece simultaneamente como um método corretivo que, mediante a imposição da pena, propiciará ao apenado sua possibilidade de ressocialização.

Ainda acerca do contexto em questão, nota-se necessário abordar o entendimento de Franz Von Liszt⁶⁶, que instituiu três formas distintas de atuação da pena para a prevenção especial, quais sejam: ressocialização, intimidação e inocuização. A primeira dever-se-ia agir para correção do delinquente em meio à sociedade; a segunda através da intimidação pela condenação; e a última ocorrendo por enclausurar até que se provasse a correção do transgressor.

Desta maneira, partindo dos pressupostos acima delineados, verifica-se que a prevenção especial, em apertada síntese, pode atuar “assegurando a comunidade frente aos delinquentes, mediante o encarceramento destes; intimidando o autor, mediante a pena, para que não cometa futuros delitos; e preservando-lhe da reincidência, mediante sua correção” (ROXIN, 1997, p. 85⁶⁷ *apud* COSTA, 2016, p. 99⁶⁸)

Isto posto, uma vez apreendidas as noções basilares da prevenção especial, abordar-se-á, seguidamente, os fundamentos da mencionada vertente em suas formas negativa e positiva.

3.2.2.1. *Prevenção especial negativa.*

No que concerne à prevenção especial negativa, conforme introduzido anteriormente, verifica-se que todo o seu foco orienta-se na pessoa do próprio apenado, aquele que violou a lei penal. Ocorre que, para a vertente da prevenção especial negativa, o objetivo da pena não seria a “reeducação” do indivíduo, tampouco uma “ressocialização”, mas teria um caráter impeditivo ou neutralizador no cometimento de outros crimes, de modo a construir uma ideia de que não há esperança alguma de recuperação do indivíduo.

Acerca da teoria em comento, demonstra-se profícuo coligir expressamente o seguinte trecho, extraído da obra do professor André de Abreu Costa, acerca do objetivo da pena sob a perspectiva da prevenção especial negativa:

⁶⁶ COSTA, André de Abreu. 3.3.2.2. *A Prevenção Especial*. In: *Penas e Medidas de Segurança: Fundamentos e Individualização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 99.

⁶⁷ FLETCHER, George P. *Basic Concepts of Criminal Law*. New York: Oxford, University Press, 1998.

⁶⁸ COSTA, André de Abreu. 3.3.2. *O preventivismo utilitário (teorias relativas)*. In: *Penas e Medidas de Segurança: Fundamentos e Individualização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. pp. 89.

“(...) Pela vertente da prevenção especial negativa, a pena conseguiria o impedimento de novas infrações penais pelo sujeito sentenciado por intermédio de sua incapacitação. O modelo de penas privativas de liberdade, de certa forma, está calcado nessa noção. Ao separar-se o sentenciado à pena privativa de liberdade do tempo-espaço social, conseguem, ao menos do ponto de vista externo ao ambiente carcerário, de certa forma e em alguma medida, impedir que aquela pessoa torne a delinquir.” (...)⁶⁹.

De mais a mais, acrescenta-se ainda os preceitos erigidos à obra “Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal”, de autoria de Eugenio Raúl Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar”, em que os referidos autores, ao tratarem da função de prevenção especial negativa, afirmam que:

“(...) Para a prevenção especial negativa, a criminalização também visa a pessoa criminalizada, não para melhorá-la, mas para neutralizar os efeitos de sua inferioridade, à custa de *um mal para a pessoa*, que ao mesmo tempo é um *bem para o corpo social*. Em geral, ela não se enuncia como função manifesta exclusiva, mas sim em combinação com a anterior: quando as *ideologias re* fracassam ou são descartadas, apela-se para a neutralização e eliminação. Na *realidade social*, como as *ideologias re* sempre fracassam, a neutralização é somente uma pena atroz imposta por seleção arbitrária. Sem dúvida alguma, tem êxito preventivo especial: a morte e os demais impedimentos físicos são eficazes para suprimir condutas posteriores do mesmo sujeito. (...)”⁷⁰.

Face aos apontamentos delineados nas menções acima efetuadas, conclui-se que, para os adeptos da teoria da prevenção especial negativa, ao aplicar a pena em face do sujeito desviante, supostamente o castigo seria capaz de evitar, por si só, o cometimento de novos crimes, pelo afastamento do apenado ao convívio social, e, por conseguinte, evitando sua reincidência. Neste sentido, tem-se que a ideia da ressocialização aqui é descartada, evidenciando um sistema de incapacitação ou inocuização dos indesejáveis.

Isto posto, cumpre prosseguir para a análise das propostas inerentes à prevenção especial positiva.

3.2.2.2. *Prevenção especial positiva.*

⁶⁹ Ibid., p.100

⁷⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 101.

Por outro lado, a prevenção especial positiva propõe uma finalidade contrária à negativa, tendo em vista que aqui o discurso é voltado para a ressocialização do apenado, a partir da imposição da pena.

Neste sentido, acerca da prevenção especial positiva, o professor André de Abreu Costa aduz que:

“(...) Um dos pontos mais controvertidos em relação às finalidades da pena criminal está, justamente, na sua possibilidade de funcionar como fator de prevenção especial positiva. Segundo Klaus Gunther, por esse viés teórico “A pena deve causar arrependimento, compreensão e regeneração, ou seja, uma mudança de atitude que garanta pelo menos uma adaptação externa à ordem legal.” (2006, p. 96); “ela deve estimular e incentivar o autor do ilícito penal ao arrependimento, à compreensão e à conversão, regenerá-lo e, desse modo, levá-lo a uma vida de respeito à lei” (GUNTHER, 2006, p. 190). A proposta, na prevenção especial positiva, é que a pena contribua para a transformação do sentenciado, de modo a que possa ele modificar sua relação para com o Direito e não volte a delinquir, não reincida. (...)”⁷¹.

Isto posto, verifica-se que, ao revés do proposto pelas teorias vistas até o presente tópico, o objetivo central aqui é que, mediante a aplicação da pena, o sujeito se arrependa, de modo que comece a agir em conformidade com o ordenamento, sugestionando uma pretensa regeneração do condenado, para ao final ser reinserido junto à sociedade.

Tal vertente encontra-se introduzida Brasil na Lei de Execução Penal - LEP, mais especificamente no “Título I - Do Objeto e da Aplicação da Lei de Execução Penal”, em seu artigo 1^a, que assim dispõe:

“(...) Art. 1º – 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.” LEP”. (...)”⁷².

Da teoria especial positiva decorrem os conhecidos institutos inseridos na Lei de Execução Penal - LEP, dentre os quais impende referenciar, à guisa de exemplo, a remição da pena pelo trabalho e estudo, bem como a progressão meritória do regime de cumprimento de pena. Menciona-se, ainda, a atuação de entidades civis de direito privado, que declaram-se dedicados à recuperação e reintegração social dos condenados a penas privativas de liberdade, como por exemplo a chamada “APAC - Associação de Proteção e Assistência aos Condenados”, que se institui a partir dessa perspectiva pretensamente ressocializadora.

⁷¹ COSTA, André de Abreu. 3.3.2.2.2. *A prevenção especial negativa*. In: *Penas e Medidas de Segurança: Fundamentos e Individualização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p.101.

⁷² Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, institui a Lei de Execução penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm. Acesso em: 13 de outubro. de 2022.

Dessa maneira, considerando-se a conclusão da explanação atinente às teorias relativas ou utilitaristas, faz-se necessário adentrar à análise das teorias mistas ou ecléticas, conforme delinear-se-á seguidamente.

3.3. Teorias mistas ou ecléticas

Considerando o transcurso das análises apresentadas até o presente momento, verifica-se que houve a exibição dos objetivos centrais das denominadas “teorias absolutas” ou “retributivas”, bem como das “teorias relativas” ou “utilitaristas”, sem aprofundar, até então, nos pontos controversos das referidas acepções, que serão apreciadas nos tópicos subsequentes, a tempo e modo devidos.

Por ora, sob o escopo de concluir a apresentação das teorias legitimantes da pena, impõe-se apresentar o cerne das denominadas “teorias mistas” ou “ecléticas”, que propõem, em síntese, uma união das teorias anteriormente citadas.

Neste sentido, acerca das teorias mistas ou ecléticas, colaciona-se o seguinte trecho, retirado da obra “Direito Penal - Parte Geral”, de Juarez Cirino dos Santos, em que o autor conceitua a pena como retribuição e prevenção, à luz das teorias unificadoras:

“(…) As *teorias unificadas* da pena criminal conjugam as *teorias isoladas* com o objetivo de superar as deficiências particulares de cada teoria, mediante fusão das funções *declaradas* de *retribuição*, de *prevenção geral* e de *prevenção especial* da pena criminal. Então, a pena representaria (a) *retribuição* do injusto realizado, mediante *compensação* ou *expição* da culpabilidade, (b) *prevenção especial positiva* mediante *correção do autor* pela ação pedagógica da execução penal, além de *prevenção especial negativa* como segurança social pela *neutralização* do autor e, finalmente, (c) *prevenção geral negativa* através da *intimidação* de criminosos potenciais pela ameaça penal e *prevenção geral positiva* como *manutenção/reforço da confiança* na ordem jurídica etc. (...)”⁷³.

À vista disso, constata-se que as “teorias ecléticas” (unificadoras ou mistas), após verificarem alguns pontos deficitários das teorias anteriormente citadas, propõem uma solução que consiste na “*tentativa de combinação entre funções retributivas, aos moldes das teorias absolutas, e funções preventivas, aos moldes das relativas*”⁷⁴, ou seja, um elo entre o objetivo preventivo da pena (prevenção geral e especial), com a finalidade dos retributivistas.

⁷³ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 9. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. pp. 437 e 438.

⁷⁴ COSTA, André de Abreu. 3.3.3. *As teorias ecléticas (unificadoras, ou mistas)*. In: *Penas e Medidas de Segurança: Fundamentos e Individualização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p.110.

Tal pensamento é consagrado no Código Penal Brasileiro, mais especificamente no art. 59, que dispõe acerca da aplicação da pena, nos termos a seguir delineados:

“(…) Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para **reprovação** e **prevenção do crime**: (...)”⁷⁵.

Neste sentido, verifica-se que o Código Penal Brasileiro, quando se refere à “**reprovação**”, traz consigo a ideia das teorias absolutas, de retribuição da culpabilidade do agente; enquanto a “**prevenção do crime**” introduz a ideia das teorias da prevenção especial (como correção e neutralização do autor) e da prevenção geral (intimidação e reafirmação da ordem pública).

Diante do conteúdo exposto ao longo do presente capítulo, denota-se que houve a exposição das principais características das teses tradicionais de justificação da pena criminal, perpassando as peculiaridades inerentes a cada uma das teorias.

Destarte, conforme intentado desde o princípio do estudo, impende propor no capítulo seguinte a pretendida construção de uma análise crítica acerca dos discursos que buscam legitimar a aplicação da pena.

⁷⁵ Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940, institui o Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 13 de outubro. de 2022.

4. ANÁLISE DISRUPTIVA DOS DISCURSOS DE JUSTIFICAÇÃO DA PENA

Após a exposição dos principais aspectos caracterizadores das teorias clássicas de legitimação da pena, faz-se essencial defrontar os fundamentos suscitados pelas referidas teses, à luz da análise solidamente construída pelo viés da Criminologia Crítica. Ato contínuo, viabilizar-se-á responder ao questionamento que impulsiona o presente trabalho, atinente à possibilidade de uma desconstrução das teorias legitimantes das práticas punitivas de perseguição do inimigo..

Neste ponto, demonstra-se relevante mencionar o trecho exposto a seguir, extraído da obra “Penas perdidas: O sistema penal em questão”, de Louk Hulsman, expoente do pensamento abolicionista, sob o fito de propiciar o exercício reflexivo acerca da problemática envolta à busca pela efetiva resolução dos conflitos no convívio em comunidade:

“(...) Cinco estudantes moram juntos. Num dado momento, um deles se arremessa contra a televisão e a danifica, quebrando também alguns pratos. Como reagem seus companheiros? É evidente que nenhum deles vai ficar contente. Mas, cada um, analisando o acontecido à sua maneira, poderá adotar uma atitude diferente. O estudante número 2, furioso, diz que não quer mais morar com o primeiro e fala em expulsá-lo de casa; o estudante número 3 declara: "o que se tem que fazer é comprar uma nova televisão e outros pratos, e que ele pague". O estudante número 4, traumatizado com o que acabou de presenciar, grita: "ele está evidentemente doente; é preciso procurar um médico, levá-lo a um psiquiatra, etc...". O último, enfim, sussurra: "a gente achava que se entendia bem, mas alguma coisa deve estar errada em nossa comunidade, para permitir um gesto como esse... vamos juntos fazer um exame de consciência". Aqui se tem quase toda a gama de reações possíveis diante de um acontecimento atribuível a uma pessoa: o estilo punitivo, os estilos compensatório, terapêutico, conciliador... Se deixarmos as pessoas diretamente envolvidas manejar seus próprios conflitos veremos que, ao lado da reação **punitiva**, frequentemente vão aparecer outros estilos de controle social: medidas sanitárias, educativas, de assistência material ou psicológica, reparatórias, etc... Chamar um fato de crime significa excluir de antemão todas estas outras linhas; significa se limitar ao estilo punitivo - e ao estilo punitivo **da linha sócio-estatal**, ou seja, um estilo punitivo dominado pelo pensamento jurídico, exercido com uma distância enorme da realidade por uma rígida estrutura burocrática. Chamar um fato de “crime” significa se fechar de antemão nesta opção infecunda. Para mim, não existem nem crimes nem delitos, mas apenas **situações problemáticas**. E sem a participação das pessoas diretamente envolvidas nestas situações, é impossível resolvê-las de uma forma humana. (...)”⁷⁶.

À vista da situação supra disposta, denota-se que a intercorrência de situações problemáticas é inerente ao próprio convívio social, ao passo que a subsunção de determinadas condutas ao plexo normativo da legislação penal passa por verdadeiro filtro, que estabelece critérios de seletividade para viabilizar a predisposição de uma escala de maior importância aos bens jurídicos pretensamente tutelados pelo Estado.

⁷⁶ HULSMAN, Louk. CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas perdidas: O sistema penal em questão*. 3ª ed. Niterói: Luam Editora, 1997. pp. 100/101.

Deste modo, conforme retratado no exemplo acima citado, vislumbra-se que diante da ocorrência de uma situação conflitiva, surgem diversas hipóteses de condução do contratempo e de efetiva resolução do problema, desde que levado em consideração a vontade das partes e a participação destas no deslinde dos fatos. E, nessa percepção, deve-se trazer a reflexão para os conflitos sociais que rotineiramente são conduzidos ao Poder Judiciário brasileiro, o qual, na seara penal, tem a oferecer ao agente infrator apenas as condições insalubres do sistema carcerário.

Nesse sentido, conforme verifica-se no livro “De Crimes, Penas e Fantasias”, a autora Maria Lúcia Karam consigna que, “*é a pena o instrumento essencial e característico da lei penal*”⁷⁷. Desse modo, com o propósito de fundamentar e legitimar o aparato jurídico-penal, são desenvolvidos mecanismos ideológicos, erigidos à luz de incontestado sonambulismo dogmático⁷⁸, e que são empregados na tentativa de lograr a racionalização dos supostos fins do castigo, conforme declinado anteriormente na classificação entre as teorias absolutas, relativas e mistas.

Destarte, uma vez que os pressupostos teóricos adotados para o desenvolvimento do estudo em epígrafe foram precipuamente suscitados, e considerando-se que os pontos nevrálgicos peculiares às teorias objurgadas foram devidamente apontados no tópico antecedente, permite-se adentrar propriamente à pretendida análise disruptiva dos discursos de legitimação da pena, conforme far-se-á nos termos que se seguem.

4.1. Teorias absolutas ou retributivas

Uma vez que, no capítulo antecedente, foram devidamente apresentados os fundamentos que embasam as teorias absolutas ou retributivas, faz-se essencial delinear determinados pontos controversos da teoria em questão.

Desse modo, depreende-se que a tomada da pena enquanto própria realização da justiça encontra dura reprimenda ao criterioso exame de Juarez Cirino dos Santos, que, ao investigá-la, exhibe amiúde as fragilidades que lhe são inerentes, nos seguintes termos:

“(...) A crítica jurídica da função retributiva tem por objeto a natureza expiatória ou compensatória da pena criminal: retribuir, como método de expiar ou de compensar um mal (o crime) com outro mal (a pena), pode corresponder a uma crença – e, nessa medida, constituir um ato de fé –, mas não é democrático, nem

⁷⁷ KARAM, Maria Lúcia. *De Crimes, Penas e Fantasias*. Niterói – RJ: Luam, 1991. pp. 172/173.

⁷⁸ KHALED JR., Salah H. *Justiça social e sistema penal*. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 43.

científico. Não é democrático porque no Estado Democrático de Direito (a) o poder exercido em nome do povo – e não em nome de Deus –, e (b) o Direito Penal tem por objetivo proteger bens jurídicos – não realizar vinganças. Por outro lado, **não é científico porque a retribuição do crime pressupõe um dado indemonstrável: a liberdade de vontade do ser humano, pressuposta no juízo de culpabilidade** – presente em fórmulas famosas como o *poder de agir de outro modo* de WELZEL –, não admite prova empírica. Assim, **a pena como retribuição do crime fundamenta-se num dado indemonstrável: o mito de liberdade pressuposto na culpabilidade do autor.** A impossibilidade de demonstrar a *liberdade* pressuposta na culpabilidade determinou mudança na função atribuída à culpabilidade: a culpabilidade perde a antiga função de *fundamento da pena*, que legitima o poder punitivo do Estado em face do indivíduo, para assumir a função atual de *limitação da pena*, que garante o indivíduo contra o poder punitivo do Estado – uma mudança de sinal dotada de importante significado político. (...)”⁷⁹. (Destaque nosso).

Portanto, tem-se que a construção da tese retributivista parte do dado indemonstrável atinente à liberdade metafísica, representado pelo suposto livre-arbítrio que, cientificamente, não pode ser comprovado⁸⁰. E assim, padece de fulcral obsolescência a tentativa de fundamentar uma pena embasada em um dado metafísico, especialmente se considerado que sua aplicação, na materialidade da vida do apenado no contexto brasileiro, se destina a um cenário de extrema privação de garantias fundamentais e que extrapola uma pretensa justa medida.

Assim, o mal retribuído sempre extrapolará a pena legalmente prevista, porquanto o Estado de Coisas Inconstitucional⁸¹, que assola o sistema carcerário brasileiro, acarreta em privações não previstas pelo ordenamento jurídico e que superam, em muito, a constrição da liberdade.

De igual modo, vislumbra-se que a pena como retribuição se constitui em um mero ato de fé, cabendo aos cidadãos o exercício da crença de que, por meio do cumprimento do *quantum* de pena concretamente aplicada, o mal foi reprimido. Desta feita, ante a ausência de parâmetro proporcional de metrificação entre o ato delituoso e a pena cabível, a retribuição enquanto justificação do castigo representa mera profissão de fé, de que a pena imposta efetivamente foi justa.

Do ponto de vista criminológico, tem-se que as teorias absolutas, incluindo os defensores neo-retributivistas, não dispõem de critérios aptos a demonstrar o conhecimento acerca das consequências e dos efeitos produzidos pelas sanções, sob o fito de valorá-las de

⁷⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 9. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 432/433.

⁸⁰ Aula 02 – “Os fins do Direito Penal”, do curso “Teoria do Crime: Direito Penal”, ministrado pelo Prof. Jacson Luiz Zilio.

⁸¹ COSTA, André de Abreu; LANZA, Karina Ferreira. *Necropolítica: o “Estado de Coisas Inconstitucional” e a gestão da morte nos sistemas carcerários brasileiros*. In: COSTA, André de Abreu. *Escritos de Ciências Penais*. Vol. II. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2021, pp. 119 - 147.

modo preventivo⁸². Logo, repisa-se que, ao escapar de qualquer tipo de verificação empírica, a crença na retribuição constitui-se como mero ato de fé.

Ainda, ressalta-se que, no âmbito da retribuição, se pressupõe antecipadamente uma necessidade da pena que, ao revés, deveria se empenhar a fundamentar⁸³. Desse modo, inexistente limitação ao poder punitivo disposto em favor do Estado, que, na seara legislativa, teria ao seu alvedrio a faculdade irrestrita para a criminalização de toda e qualquer conduta.

Como mencionado, para a retribuição, a pena seria um ônus direcionado ao infrator em contrapartida a um mal causado por este, por agir em desacordo com as normas legais existentes⁸⁴, ou seja, sua função é objetivamente de natureza expiatória ou compensatória.

Desta feita, acrescenta-se ao bojo das críticas em comento a estrita relação entre a retribuição e vingança, o que vai em contrariedade com o pensamento do Direito Penal moderno, visto enquanto dique de contenção do poder punitivo, e não como uma simples justificação da punição já imposta pelo Estado.

Nesse sentido, nota-se relevante mencionar o seguinte excerto, extraído da obra já citada “De Crimes, Penas e Fantasias”, da autora Maria Lúcia Karam, que expõe argumentos fundamentalmente críticos à irracionalidade da lógica vigente no viés retributivo do sistema penal, conforme os seguintes termos:

“(…) A irracionalidade da pena retributiva já se manifesta, em princípio, por sua incapacidade de esclarecer a razão pela qual se deveria compensar um mal com outro mal de igual proporção, quando, mesmo se aceitando as teses contratualistas originárias que lhe serviram de fundamento, ou as posições neo-contratualistas mais recentes, apareceria mais lógica a opção pela reparação do dano material ou moral causado pelo delito, especialmente porque aí se levariam em conta os interesses das pessoas diretamente afetadas. Mas, como há mais duzentos anos já se denunciava, a falácia de tais construções aparece, ainda mais fortemente em sua pretensão de fazer da pena retributiva uma pena justa, numa sociedade sem justiça distributiva. Hoje, como há duzentos anos, mantém pertinente a indagação de por que razão os indivíduos despojados de seus direitos básicos, como ocorre com a maioria da população do nosso país, estariam obrigados a respeitar as leis. (...)”⁸⁵.

Logo, a partir do trecho supracitado, demonstra-se que o manuseio do aparato penal direcionado à finalidade de pretensamente majorar uma justa pena à luz do retributivismo, não prospera. Diversamente, no cenário devastado pela desigualdade das condições, tem-se que a

⁸² Aula 02 – “Os fins do Direito Penal”, do curso “Teoria do Crime: Direito Penal”, ministrado pelo Prof. Jacson Luiz Zilio.

⁸³ Ibid.

⁸⁴ Aula 1 – “Retribuição”, módulo 4, do “Curso Intensivo de Direito Penal e Criminologia”, ministrado pelo Prof. Salah H. Khaled Jr.

⁸⁵ KARAM, Maria Lúcia. *De Crimes, Penas e Fantasias*. Niterói – RJ: Luam, 1991, pp. 176/177.

atribuição da função retributiva ao sistema penal atinge, ao cabo, a persecução de classes subalternizadas, que não dispõem de condições materiais para o gozo da existência digna.

Isto posto, diante dos fundamentos apresentados, ratifica-se que o empenho pela justificação da pena, à luz da retribuição, não dispõe de aporte teórico apto a se sustentar diante das críticas que lhe são frontalmente direcionadas. Desse modo, resta evidente a fragilidade das teses ora contrapostas, que, na materialidade da vida, não se sustentam, e portanto, não devem servir ao discurso oficial para embasar condenações desmedidas.

4.2. Teorias relativas ou utilitaristas

Dada a prévia exposição das teorias relativas ou utilitaristas, bem como de seus desdobramentos, viabiliza-se delinear ao presente momento o exame aprofundado em face das contradições que lhe são inerentes e, a partir do marco teórico ora adotado, cumpre evidenciar a obsolescência das teorias em questão, além das implicações fáticas acarretadas pela propagação inadvertida de tal discurso.

4.2.1. Prevenção Geral.

Nesta senda, impende colacionar, em linhas gerais, o teor das análises delineadas por Juarez Cirino dos Santos no que concerne à disparidade existente entre os fins declarados pela imposição de pena como prevenção geral. No que concerne à dimensão negativa, vê-se que:

“(…) A crítica jurídica tem por objeto a **dimensão negativa** e a **dimensão positiva** da **função da prevenção geral da pena criminal**. 2.1. A crítica da **prevenção geral negativa** destaca a ineficácia da **ameaça penal** para inibir comportamentos criminosos, conforme indicam a **inutilidade** das cruéis penas corporais medievais e a **nocividade** das penas privativas de liberdade do Direito Penal moderno. Aliás, afirma-se que não é a gravidade da pena – ou o rigor da execução penal –, mas a certeza (ou a probabilidade) da punição que pode desestimular o autor de praticar crimes – uma velha teoria já enunciada por BECCARIA (1738-1794), sempre retomada como teoria moderna pelo discurso de teóricos do controle social. Além disso, a **prevenção geral negativa** possui dois defeitos graves: primeiro, a falta de **critério limitador da pena** transforma a ameaça penal em terrorismo estatal – como indica a *lei de crimes hediondos*, essa infeliz invenção do legislador brasileiro; segundo, a natureza **exemplar da pena** como **prevenção geral negativa** viola a dignidade humana porque **acusados reais** são punidos de forma **exemplar para influenciar a conduta de acusados potenciais** – em outras palavras, aumenta-se injustamente o sofrimento de acusados reais para desestimular o comportamento criminoso de acusados potenciais. (...)”⁸⁶.

⁸⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 9. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. pp. 436/437.

Por outro lado, ainda em linhas gerais, o referido autor esclarece acerca da dimensão positiva da prevenção geral, que:

“(...).2.2. **O caráter formal-cerebrino do discurso de integração/prevenção parece descrever um mundo irreal:** a) por exemplo, a superposição de efeitos político-criminais de ROXIN: o efeito sociopedagógico de exercício em *fidelidade jurídica* produzido pela atividade da justiça penal; o efeito de aumento da *confiança do cidadão* no ordenamento jurídico pela percepção da imposição do Direito; o efeito de *pacificação social* pela punição da violação do Direito e, portanto, solução do conflito com o autor; b) mais grave é o formalismo abstrato da linguagem hermética de JAKOBS: a **prevenção geral positiva** como *demonstração de validade da norma*, necessária para reafirmar as *expectativas normativas* frustradas pelo comportamento criminoso, seria exercício de *confiança na norma* (saber o que esperar na interação social), de *fidelidade jurídica* (reconhecimento da pena como *efeito da contradição da norma*) e de *aceitação das consequências* jurídicas (conexão do comportamento criminoso com o dever de suportar a pena) – na verdade, postulados do *contrato social* dos século 18, com aceitação das *normas sociais* na qualidade de membro da sociedade e aceitação da punição na qualidade de infrator da normas sociais. (...)”⁸⁷.

Neste íterim, conforme será demonstrado nos subtópicos abaixo, registra-se de antemão que a prevenção geral se presta à legitimação de um sistema fundamentalmente desigual, e que não leva em conta as condições sociais que se consubstanciam com critérios de seletividade preordenados, responsáveis pela marginalização de classes vulnerabilizadas. Diante disso, vê-se que a análise ora discorrida encontra simetria com o seguinte pensamento alinhavado por Maria Lúcia Karam, que sob o viés criminológico crítico, expõe o caráter essencialmente seletivo do sistema penal, que é diuturnamente escamoteado por discursos de justificação, tais quais na prevenção geral:

“(...) A seleção dos que vão desempenhar o papel de criminoso, de mau, de inimigo – os bodes expiatórios – naturalmente, também obedece à regra básica da sociedade capitalista, ou seja, a desigualdade na distribuição de bens. Como se trata aqui da distribuição de um atributo negativo, os escolhidos para receber toda a carga de estigma, de injustiça e de violência, direta ou indiretamente provocada pelo sistema penal, são preferencial e necessariamente os membros das classes subalternas, fato facilmente constatável, no Brasil, bastando olhar para quem está preso ou para quem é vítima dos grupos de extermínio. Mas, mesmo nos Estados do bem-estar social, onde as desigualdades não são tão acentuadas como aqui, a ação do sistema penal também segue a regra básica do capitalismo: nos Países Baixos, por exemplo, como relata Hulsman, constatou-se que, na categoria desfavorecida, representando 35% da população, 1 homem em cada 5 esteve na prisão, enquanto na categoria favorecida, representando 15% da população, a proporção era de 1 homem a cada 70. (...)”⁸⁸.

⁸⁷ Ibid., pp. 436/437.

⁸⁸ KARAM, Maria Lúcia. *De Crimes, Penas e Fantasias*. Niterói – RJ: Luam, 1991. p. 206.

Dessa maneira, após devidamente consolidado robusto aporte teórico crítico, permite-se sopesar apontamentos substanciais em desfavor de ambas as vertentes provenientes da função da prevenção geral da pena criminal. Isto posto, passa-se a delinear as análises apartadas em face das teorias de prevenção geral negativa e positiva.

4.2.1.1. *Prevenção geral negativa.*

A priori, impende recapitular sinteticamente as características da prevenção geral negativa, que, a seu turno, pode ser denominada como a teoria da ameaça penal, pois, à luz da acepção desenvolvida por Feuerbach enquanto coação psicológica, a partir de uma releitura das interpretações sistematizadas por Beccaria, tem-se a noção de que supostamente a pena ostentaria um efeito de dissuasão, em coadunação com a tomada do sujeito enquanto ente dotado de uma racionalidade matemática, a partir da qual todo ato humano seria precedido de um cálculo por mais prazer e menos dor⁸⁹. Ainda, expressa-se que a teoria em questão se destinaria a todos os indivíduos, a partir de um pretendido efeito de intimidação.

Nesse sentido, frisa-se que, para o fundamento punitivo da dissuasão, parte-se “*do pressuposto da capacidade do autor do delito em valorar as consequências negativas de sua conduta e, a partir de um cálculo racional entre os custos e os benefícios do ato ilícito, optar pelo crime ou pela observância das regras do jogo*”⁹⁰. Isto posto, em juízo de análise perfunctória, contrasta-se os fins pretendidos pela mencionada teoria e a rotineira prática forense, visto que os inúmeros delitos registrados incessantemente demonstram a ineficácia das proibições em, factualmente, inibir a prática de determinadas condutas sabidamente tipificadas penalmente. Diversamente, o que se tem é a constante reprodução de condutas criminalizadas e que corroboram com o enclausuramento em massa.

Neste azo, destaca-se a crítica direcionada por Hegel à teoria da coação psicológica de Feuerbach, sob arguição de que esta “*não tratava o homem como ser ‘dotado de honra e liberdade’, mas como um cão ameaçado com um bastão*”⁹¹. Logo, além da instrumentalização do ser humano para alcançar fins relacionados ao convívio coletivo, verifica-se que as objeções assinaladas em face da teoria de prevenção geral negativa partem da inexistência de

⁸⁹ Aula 3 – “Prevenção geral negativa”, módulo 4, do “Curso Intensivo de Direito Penal e Criminologia”, ministrado pelo Prof. Salah H. Khaled Jr.

⁹⁰ CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 70.

⁹¹ SANTOS, Juares Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 9. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 432.

pressupostos empíricos de sua eficácia, bem como ante a ausência de reflexão ética e jurídico-constitucional, representando assim verdadeira ameaça aos princípios fundantes do Estado de Direito⁹².

Nessa perspectiva, demonstra-se imperioso colacionar a magistral análise crítica desenvolvida pela autora Maria Lúcia Karam que, ao discorrer sobre os aspectos da prevenção geral negativa, afirma que:

“(...) A história demonstra que a função de prevenção geral negativa nunca funcionou: a ameaça, mediante normas penais, não evita a prática de delitos ou a formação de conflitos; ao contrário, eles se multiplicaram e se sofisticaram. O efeito dissuasório não se comprovou, estando, ao contrário, demonstrado que a aparição do delito não está relacionada com o número de pessoas punidas, ou com a intensidade das penas impostas. O ponto mais grave da ideia de prevenção geral negativa, porém, é que esta, como a proposta de prevenção geral positiva, encerra a consagração da alienação da subjetividade e da centralidade do homem em benefício do sistema, deslocando o homem de sua posição de sujeito e fim de seu próprio mundo, para torna-lo objeto de abstrações normativas e instrumento de funções sociais. (...)”⁹³.

Portanto, com fulcro nos argumentos solidamente construídos pela referida autora, arremata-se que a prevenção geral negativa, enquanto finalidade atribuída à pena, está fadada ao insucesso, posto que não evita a prática de novos delitos e tampouco guarda relação com o número de pessoas efetivamente acauteladas. Ao cabo, vislumbra-se a edificação de um discurso distante da realidade, pois, ao fundamentar a modulação da pena, supera-se a análise tripartite do crime para atingir o intento de fazer alguém de exemplo para a comunidade, não guardando qualquer relação com o fato em si e, portanto, pautando suas conclusões em perspectivas metafísicas, as quais não são passíveis de mensuração, concluindo por ameaçar a dignidade de condenado⁹⁴.

Por fim, vislumbra-se restar esvaziada a justificativa da pena embasada na tutela de bens jurídicos, uma vez que o Direito Penal sempre chega atrasado para o deslinde do conflito, visto que é acionado somente após a violação do bem jurídico⁹⁵. Desse modo, ao alegar a pretensa defesa de bens jurídicos a título de dissuasão, incorre-se em evidente abstração, atingindo a mera mobilização da estrutura repressiva que não guarda nenhuma relação com a diminuição de crimes, mas, contrariamente, o que se atinge é o aumento do nível de violações às garantias do apenado.

⁹² Aula 02 – “Os fins do Direito Penal”, do curso “Teoria do Crime: Direito Penal”, ministrado pelo Prof. Jacson Luiz Zilio.

⁹³ KARAM, Maria Lúcia. *De Crimes, Penas e Fantasias*. Niterói – RJ: Luam, 1991. p. 175.

⁹⁴ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Porto Alegre: Safe, 2005. p. 404.

⁹⁵ Aula 3 – “Prevenção Geral Negativa”, módulo 4, do “Curso Intensivo de Direito Penal e Criminologia”, ministrado pelo Prof. Salah H. Khaled Jr.

4.2.1.2 *Prevenção geral positiva.*

Em alternativa ao discurso de justificação baseado na prevenção geral negativa, orientado à tutela de bens jurídicos, tem-se a prevenção geral positiva, cujas particularidades dogmáticas foram sobejamente apresentadas em tópico anterior. No entanto, assim como apontadas as precariedades da vertente negativa, vislumbra-se que a dimensão positiva padece de cruciais imperfeições.

Neste sentido, ao atribuir a função ético-social à justificação do castigo, a teoria *sub examine* é objeto de vital questionamento, posto que surge a dubiedade quanto à legitimidade do Estado para submeter os cidadãos à própria definição de ética social⁹⁶.

Ademais, verifica-se que, empiricamente, ela pode ser falha, além de levar a um discurso fechado que obstaculiza a realização de críticas externas⁹⁷. Outrossim, denota-se que a tese acima citada parece contar incessantemente com a necessidade da imposição de pena, conduzindo a uma ideia fundamentalmente simbólica do Direito Penal, que, no fim das contas, incorpora a vítima ao discurso penal para legitimar o exercício autoritário do poder punitivo estatal⁹⁸.

Trata-se da mais refinada tentativa de justificação moderna da pena, conectada com uma criminologia socio-estrutural e funcional, pretendendo extrair aspectos positivos da imposição de pena por meio da estabilização da norma violada, restituindo a busca pela confiança e fidelidade das pessoas em relação ao direito⁹⁹. No entanto, torna-se a constatar um discurso de justificação da pena pautado em abstrações que fogem da materialidade, de modo a vislumbrar-se um viés periclitante às garantias fundamentais do enclausurado, pois, “*a preservação do sistema antepõe-se aos valores, direitos e garantias do indivíduo*”¹⁰⁰.

4.2.2. *Prevenção Especial.*

⁹⁶ Aula 5 – “Prevenção Geral Positiva”, módulo 4, do “Curso Intensivo de Direito Penal e Criminologia”, ministrado pelo Prof. Salah H. Khaled Jr.

⁹⁷ Ibid.

⁹⁸ KHALED JR., Salah H. *Justiça social e sistema penal*. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 60.

⁹⁹ Aula 5 – “Prevenção Geral Positiva”, módulo 4, do “Curso Intensivo de Direito Penal e Criminologia”, ministrado pelo Prof. Salah H. Khaled Jr.

¹⁰⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 14. ed. São Paulo: Thomson Reuters. 2021. p. 20.

Adiante, vislumbra-se que, no tocante aos fins declarados pela imposição de pena como prevenção especial, o autor Juarez Cirino dos Santos evoca, igualmente, fulcral divergência ao seu emprego pela dogmática penal. Neste ínterim, colaciona-se que:

“(…) A prevenção especial *negativa* de neutralização do condenado parece indiscutível: a *incapacitação seletiva* de indivíduos considerados perigosos constitui efeito evidente da execução da pena porque impede a prática de crimes fora dos limites da prisão – assim, a neutralização do condenado seria uma das funções *declaradas* cumpridas pela pena criminal. A crítica jurídica da prevenção especial *positiva* fala da supressão de direitos não atingidos pela privação de liberdade, da necessidade de respeitar a autonomia do preso e de limitar os programas de ressocialização a casos individuais voluntários: afinal, o condenado não pode ser compelido ao tratamento penitenciário, o Estado não tem o direito de *melhorar pessoas* segundo critérios morais próprios e, enfim, prender pessoas fundado na necessidade de melhoria terapêutica é injustificável. O reconhecimento da ineficácia corretiva da prevenção especial *positiva* e dos efeitos nocivos da prevenção especial *negativa* atribuídos à pena privativa de liberdade são diluídos, segundo PILGRAM/STEINERT, por frequentes declarações simplistas de que *ainda não temos nada melhor* do que a prisão. (...)”¹⁰¹.

Desta feita, uma vez apresentadas as diretrizes gerais da prevenção especial, cumpre delinear separadamente os apontamentos críticos em face das vertentes negativa e positiva da mencionada teoria preventivista, conforme exposto a seguir.

4.2.2.1. *Prevenção especial negativa.*

Enquanto a prevenção especial positiva destina-se a delinquentes recuperáveis, depreende-se que a prevenção especial negativa se orienta aos indivíduos indesejáveis e irre recuperáveis, para os quais não se dispensa o mínimo compromisso, sequer no plano discursivo, com a recuperação do agente desviante¹⁰².

Sob a ótica da prevenção especial negativa, salienta-se que a acepção de neutralização seletiva de inimigos coaduna cabalmente com a obstinação pelo controle de massas excedentes em um sistema capitalista, contextualizada em uma sociedade de controle e de combate a situações de perigo, dando assim margem para a implementação de uma política criminal atuarial visando o controle de grupos considerados de risco, sob a alegada pretensão de controlar os indivíduos desviantes que representem perigo ao poder estabelecido¹⁰³.

¹⁰¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 9. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. pp. 434/435.

¹⁰² Aula 7 – “Prevenção Especial Negativa”, módulo 4, do “Curso Intensivo de Direito Penal e Criminologia”, ministrado pelo Prof. Salah H. Khaled Jr.

¹⁰³ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 9. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. pp. 434/435.

Nesse toar, impende trazer, novamente, a relevante contribuição de Maria Lúcia Karam ao desenvolvimento de primorosa reflexão tendente à desconstrução da lógica que permeia a obstinação pela manutenção do sistema penal enquanto método de neutralização do indivíduo desviante, conforme os seguintes termos:

“(…) Todos os valores ou princípios, que costumam fundamentar a intervenção do sistema penal, sendo propagandeados como prioridades de tal “produto” anunciado, - a igualdade perante a lei, a segurança, a punição do criminoso como realização justiça - desmoronam, diante desta sua aplicação seletiva - e, portanto, injusta - a um número mínimo de violadores da lei. Mas, além disso, isolando, estigmatizando e ainda submetendo aqueles que seleciona ao inútil e desumano sofrimento da prisão, o sistema penal faz destes selecionados, pessoas mais desadaptadas ao convívio social e, conseqüentemente, mais aptas a cometer novos crimes e agressões à sociedade, funcionando, já por isso, como um alimentador da violência, o que faz da demanda de maior repressão penal uma atitude um tanto sadomasoquista. A ideia da pena, de afastamento do convívio social, de punição, baseia-se no maniqueísmo simplista, que divide as pessoas entre boas e más, fazendo com que o papel do criminoso seja também o papel do “mau”, do “outro”, do anormal, distinto das demais pessoas, pertencente a uma espécie aparte. (...)”¹⁰⁴.

Desta maneira, averigua-se que, apesar de inicialmente atender ao propósito de neutralizar o desviante por meio de seu afastamento do convívio social, tem-se que a adoção da prevenção especial negativa serve à incapacitação e eliminação dos sujeitos admitidos como inimigos, tal como sucedido na lógica industrial de extermínios capitaneados pela Alemanha no período nazista¹⁰⁵.

E portanto, ao desconsiderar que os sujeitos segregados no sistema carcerário retornarão ao convívio social, denota-se a completa falência da proposta aviada pela prevenção especial negativa, que, ao relegar os indivíduos acautelados à condição de sub-humanos, despreza o caráter autodestrutivo à própria sociedade, que posteriormente terá que lidar com a reinserção do apenado em uma comunidade que o estigmatizou e lhe negou a condição de sujeito de direitos, submetendo-o a violações imensuráveis, em um ambiente prisional permeado por práticas delitivas, dentre as quais cita-se à guisa de exemplo o intenso comércio de drogas sucedido nas dependências dos próprios estabelecimentos prisionais.

Portanto, vê-se que, a aplicação da pena voltada meramente à neutralização do agente, ignora a seletividade do sistema penal, coadunado pelos índices de cifras ocultas, de modo a tornar o ambiente carcerário um depósito de sujeitos indesejáveis, meramente sob o fito de desumanizá-los.

¹⁰⁴ KARAM, Maria Lúcia. *De Crimes, Penas e Fantasias*. Niterói – RJ: Luam, 1991. pp. 203/204.

¹⁰⁵ Aula 7 – “Prevenção Especial Negativa”, módulo 4, do “Curso Intensivo de Direito Penal e Criminologia”, ministrado pelo Prof. Salah H. Khaled Jr.

4.2.2.2. *Prevenção especial positiva.*

Lado outro, vislumbra-se que a prevenção especial positiva pretende encontrar na pena um aspecto de correção individual, superando-se o mero escopo neutralizante da vertente preventivista positiva, para pretensamente ressocializar o indivíduo anormal que porventura incorreu na prática delitiva.

Prima facie, verifica-se que a presente vertente não está imune ao apontamento crítico de suas patentes contradições. Isto pois, ao admitir-se o emprego da pena a pretexto de se objetivar a melhoria e a recuperação do indivíduo, redundar-se-á, por conseguinte, na ausência do estabelecimento de limite temporal ao castigo, de modo que as penas de curta duração deveriam ser evitadas por não provocarem correção no autor, tal como se poderia problematizar a imposição de pena de excessiva duração, pois o aprisionamento poderia ser contraproducente aos objetivos manifestados¹⁰⁶. Desta feita, a pena seria indeterminada na garantia de limitação ao poder punitivo, evidenciando a fragilidade da teoria em questão, que, na prática, serviria expressamente ao recrudescimento do poder punitivo no sentido de viabilizar a imposição de penas ainda maiores, dissimulando-se a suposta busca pela recuperação do apenado.

Isto posto, cabe mencionar o trecho colacionado a seguir, habilmente desenvolvido por Maria Lúcia Karam, que, ao defrontar a lógica vigente nas teorias relativas da prevenção especial, aponta para sua cabal inviabilidade, nos seguintes termos:

“(...) Quanto às teorias relativas da prevenção especial, sua inviabilidade é evidente, num sistema repressivo, que faz da prisão o seu centro. A ideia de ressocialização, com seu objetivo declarado de evitar que o apenado volte a delinquir, é absolutamente incompatível com o fato da segregação. Um mínimo de raciocínio lógico repudia a ideia de se pretender reintegrar alguém à sociedade, afastando-a dela. (...)”¹⁰⁷.

Neste viés, destaca-se a inequívoca incoerência fundante da teoria supracitada, que visa legitimar as práticas punitivas por meio de um argumento de suposta ressocialização, mas que, ao cabo, submete os indivíduos a patente dessocialização, em um ambiente insalubre e em condições de miserabilidade, que, à vista dos acelerados processos de evolução tecnológica, acarretam ainda em evidente obsolescência do indivíduo que, ao ver-se liberto em um futuro distante, depara-se com o mundo cada vez mais acelerado.

¹⁰⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 9. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. pp. 434/435.

¹⁰⁷ KARAM, Maria Lúcia. *De Crimes, Penas e Fantasias*. Niterói – RJ: Luam, 1991. p. 177.

Isto posto, verificou-se no decorrer do presente trabalho que a teoria da prevenção especial positiva atribui à pena uma finalidade que não lhe pertence. Submeter um indivíduo a situações degradantes, sob o fito de supostamente recuperá-los e ressocializá-los, parece por óbvio controverso. Nesta perspectiva, torna-se a evidenciar o brilhantismo dos pensamentos críticos declinados por Maria Lúcia Karam, que ao abordar a pretensa recuperação do indivíduo submetido ao sistema carcerário, afirma que:

“(...) Todos os valores ou princípios, que costumam fundamentar a intervenção do sistema penal, sendo propagandeados como prioridades de tal “produto” anunciado, - a igualdade perante a lei, a segurança, a punição do criminoso como realização de justiça -desmoronam, diante desta sua aplicação seletiva – e, portanto, injusta – a um número mínimo de violadores da lei. Mas, além disso, isolando, estigmatizando e ainda submetendo aqueles que seleciona ao inútil e desumano sofrimento da prisão, o sistema penal faz destes selecionados, pessoas mais desadaptadas ao convívio social e, conseqüentemente, mais aptas a cometer novos crimes e agressões à sociedade, funcionando, já por isso, como um alimentador da violência, o que faz da demanda de maior repressão penal uma atitude um tanto sadomasoquista. (...)”¹⁰⁸.

Diante de todo o retro exposto, ultima-se que, longe de atingir os fins pretendidos, a perspectiva da prevenção especial positiva finda por incorrer em evidente contradição, ao fundamentar-se à luz de suposta ressocialização que, no fim das contas, não é passível de se atingir e, de modo agravado, propicia o aprofundamento dos desvios dentro da prisão, além da intensificação de problemas mentais que acometem os enclausurados.

4.3. Teorias mistas ou ecléticas

Após delinear-se os apontamentos críticos em face das teorias absolutas ou retributivas, e relativas ou utilitaristas, passa-se à análise das teorias remanescentes, denominadas mistas ou ecléticas.

Diante disso, verifica-se que o desenvolvimento das referidas teorias mistas ou ecléticas se destinou ao objetivo de superar as deficiências peculiares às retromencionadas teorias de justificação da pena, propondo uma fusão entre as funções da retribuição, da prevenção especial e da prevenção geral, sendo que tal medida fora adotada pelo Código Penal Brasileiro.

Ocorre que, assim como as demais vertentes teóricas, as teorias mistas ou ecléticas também são alvos de vigorosas críticas, principalmente pela implementação de tais critérios em uma mesma pena, posto que, por óbvio, possuem critérios conflitantes.

¹⁰⁸ Ibid., pp. 203/204.

Nesta senda, cumpre ressaltar a primorosa crítica delineada por Juarez Cirino dos Santos, que, ao tratar das teorias mistas, evidencia a deformidade destas que obstinam-se a congregar teorias contraditórias e reciprocamente excludentes, conforme os seguintes termos:

“(...) Os defeitos das *teorias isoladas* não desaparecem nas *teorias unificadas* da pena criminal, com a reunião das funções (a) de *compensar* ou *expiar* a culpabilidade, (b) de *corrigir* e *neutralizar* o criminoso, e (c) de *intimidar* autores potenciais de *manter/reforçar* a confiança no Direito. Por outro lado, a admissão de diferentes funções da pena criminal, mediante cumulação de teorias contraditórias e reciprocamente excludentes, significa adotar uma *pluralidade* de discursos legitimantes capazes de *racionalizar* qualquer punição pela escolha da teoria mais adequada para o caso concreto. A crítica pode ser sintetizada em dois argumentos: primeiro, o feixe de funções conflitantes das *teorias unificadas* não permite superar as debilidades específicas de cada função *declarada* da pena criminal – a o contrário, as *teorias unificadas* significam a soma dos defeitos das teorias particulares; segundo, não existe nenhum fundamento filosófico ou científico capaz de unificar concepções penais fundadas em teorias contraditórias, com finalidades práticas reciprocamente excludentes. (...)”¹⁰⁹.

Válido mencionar, ainda, que ao tratar da união entre as finalidades da prevenção e retribuição, o professor André de Abreu Costa propõe a seguinte reflexão, ao discorrer em seu livro acerca da crítica de Gunther Jakobs às teorias ecléticas:

“(...) Ainda que racionalmente se houvesse comprovado que há vínculo capaz de unir as finalidades da pena, não se pode mensurar em que ponto elas se resultariam em uma pena justa. Assim, quantos anos de detenção conseguiriam evitar nova infração penal e, ao mesmo tempo, responsabilizarem o infrator? A quantidade de pena capaz de responsabilizar o agente deve ser medida pelo juízo de reprovabilidade da conduta praticada, enquanto isso, a quantidade de pena capaz de evitar nova prática de crimes pode exigir quantidade de pena superior ao juízo de reprovabilidade da conduta. Neste sentido, tem-se que o quantum da pena tem como limite o retributivismo, ou seja, o juízo de reprovabilidade da conduta, porque, caso se adotasse como limite a prevenção da conduta criminoso, certamente haveria injustiça em submeter o autor da infração à pena desproporcional ao delito cometido, porque a finalidade transcenderia sua responsabilização. (...)”¹¹⁰.

Neste sentido, tem-se que, ao pretender aglutinar as funções retributivas e preventivas da pena, a teoria unificadora incorreu em patente soma dos defeitos supra elencados, além de, reitera-se, não haver compatibilidade entre a retribuição e a prevenção¹¹¹, haja vista a disparidade entre os fins almejados pelos mencionados campos teóricos.

¹⁰⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 9. Ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 439.

¹¹⁰ COSTA, André de Abreu. 3.3.3. *As teorias ecléticas (unificadoras, ou mistas)*. In: *Penas e Medidas de Segurança: Fundamentos e Individualização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 110.

¹¹¹ Aula 02 – “Os fins do Direito Penal”, do curso “Teoria do Crime: Direito Penal”, ministrado pelo Prof. Jacson Luiz Zilio.

De mais a mais, soma-se as críticas esboçadas pela autora Maria Lúcia Karam, que ao analisar o cerne das teorias mistas, esclarece que:

“(...) As teorias mistas, em geral, partem das teorias absolutas, procurando cobrir suas falhas com elementos das teorias relativas, apontando a impraticabilidade da retribuição com todas suas consequências, sem contudo aderir totalmente à prevenção. Traduziram as teorias mistas, a grosso modo, a ideia de prevenção geral, mediante a retribuição justa. (...)”¹¹².

Diante das considerações acima desenvolvidas, impõe-se a propositura de uma perspectiva analítica das teorias da pena, que possibilite a mudança de prisma para, ao invés de legitimar a imposição do castigo ao desviante, se mobilize para, inicialmente, contrapor-se ao sonambulismo jurídico e lograr a contenção do poder punitivo, Nesse ínterim, passa-se à análise da teoria negativa ou agnóstica, que dispõe de aporte teórico para exercer a mencionada função de dique de contenção à senha punitivista.

4.4. Teoria negativa e agnóstica

Conforme já adiantado, após a apresentação e a contraposição das teorias de justificação da pena declinadas antecedentemente, as quais restaram caracterizadas de maneira uníssona pela apreensão do castigo enquanto uma prática resolutiva, impende destacar ao presente momento a visão negativa ou agnóstica da pena, desenvolvida por Eugenio Raúl Zaffaroni, que propiciará ao estudo em epígrafe a apresentação de uma possível mudança de perspectiva do sistema penal que viabilize o desfecho da pretendida análise disruptiva.

Neste azo, ressalta-se que a teoria negativa e agnóstica da pena é sustentada pelo autor Eugenio Raúl Zaffaroni, e representa a única teoria que possui conformidade constitucional¹¹³, visto que as teorias antecedentes, que visam a justificação da pena, não encontram guarida na Constituição, que, lado outro, abarca limites ao exercício do poder punitivo. Ademais, vê-se que a *“teoria negativa caracteriza-se por negar qualquer função positiva à pena, ao passo que se caracteriza, também, por desconhecer qual seja sua função, por isso agnóstica”*¹¹⁴.

Neste sentido, verifica-se que a perspectiva de Zaffaroni é de descrença em relação às alegadas funções positivas atribuídas ao desempenho da pena, de modo que esta representaria

¹¹² KARAM, Maria Lúcia. *De Crimes, Penas e Fantasias*. Niterói – RJ: Luam, 1991. p. 174.

¹¹³ Aula 10 – “Teoria Agnóstica da Pena”, módulo 4, do “Curso Intensivo de Direito Penal e Criminologia”, ministrado pelo Prof. Salah H. Khaled Jr.

¹¹⁴ COSTA, André de Abreu. 3.4. *A teoria negativa e agnóstica da pena*. In: *Penas e Medidas de Segurança: Fundamentos e Individualização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 114.

tão somente uma coerção que restringe direitos e inflige dor, sem que haja qualquer resolução de conflitos, restituição ao *status quo ante*, e que tampouco detém lesões futuras ou afasta perigos iminentes¹¹⁵.

Logo, propõe-se o deslocamento da discussão, partindo-se de um discurso de justificação, obstinado a responder positivamente ao questionamento de “por que punir?”, para uma discussão acerca de “como punir?”, viabilizando-se a implementação de uma contenção de danos, por meio da limitação do campo de atuação do sistema penal que deve minimamente ater-se às previsões constitucionais que preservam as garantias dos apenados, os quais não perdem a condição de sujeitos de determinados direitos¹¹⁶.

E portanto, denota-se que Zaffaroni propõe, em síntese, o significativo deslocamento do discurso de justificação para um discurso de contenção, cabalmente alinhado com a consolidação do Estado Democrático de Direito, posto que se propõe, ainda, o exercício do Direito Penal enquanto dique de contenção do poder punitivo, desconhecendo-se funções positivas como resultado do exercício arbitrário do poder punitivo, e sim tomando-o como uma restrição de direitos mediante a imposição de dor, que não possui o condão de resolver conflitos.

Desta feita, à luz do discurso proposto por Zaffaroni, verifica-se o fortalecimento do discurso jurídico como um todo, em coadunação com o Estado Democrático de Direito, fazendo-se oposição a qualquer resquício de um Estado de Polícia.

Isto posto, cumpre sobrelevar que a teoria negativa e agnóstica da pena possui como fundamento modelos ideais de estado de polícia e de estado de direito, coexistentes no cerne do Estado moderno em relação de exclusão recíproca, conforme primorosamente sintetizados por Juarez Cirino dos Santos, em expressa menção a Zaffaroni, nos seguintes termos:

“(...) a) o modelo ideal de *estado de polícia* caracteriza-se pelo exercício de poder *vertical e autoritário* e pela distribuição de justiça *substancialista* de grupos ou classes sociais, expressiva de direitos meta-humanos *paternalistas*, que suprime os *conflitos humanos* mediante as funções manifestas positivas de *retribuição* e de *prevenção* da pena criminal, conforme a vontade hegemônica do grupo ou classe social no poder; b) o modelo ideal de *estado de direito* caracteriza-se pelo exercício de poder *horizontal/democrático* e pela distribuição de justiça *procedimental* da maioria, expressiva de direitos humanos *fraternos*, que resolve os *conflitos humanos* conforme regras democráticas estabelecidas, com *redução* ou *limitação* do poder punitivo do *estado de polícia*. (...)”¹¹⁷.

¹¹⁵ Aula 10 – “Teoria Agnóstica da Pena”, módulo 4, do “Curso Intensivo de Direito Penal e Criminologia”, ministrado pelo Prof. Salah H. Khaled Jr.

¹¹⁶ Ibid.

¹¹⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 9. Ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. pp. 440/441.

Outrossim, vislumbra-se que, na obra supracitada, Juarez Cirino dos Santos conceitua a teoria negativa e agnóstica, do ponto de vista científico, do seguinte modo:

“(...) a teoria *negativa/agnóstica* da pena criminal é, antes acima de tudo, uma teoria *negativa* das funções *declaradas* ou *manifestas* da pena criminal, expressas no discurso oficial de *retribuição* e de *prevenção* geral e especial (positivas e negativas), rejeitadas como *falsas* pelos autores - que recuperam conceito de TOBIAS BARRETO para definir pena criminal como *ato de poder político* correspondente ao *fundamento jurídico da guerra*; em segundo lugar, é uma *teoria agnóstica* das funções *reais* ou *latentes* da pena criminal porque renuncia à cognição dos objetivos ocultos da pena criminal, que seriam múltiplos heterogêneos. (...)”¹¹⁸.

Em continuação, o mencionado autor pontua a definição da teoria negativa e agnóstica sob a perspectiva político criminal, e apresenta o objetivo almejado pela teoria em comento, nos seguintes termos:

“(...) a teoria *negativa/agnóstica* da pena tem por objetivo ampliar a segurança jurídica de *todos os habitantes* mediante redução do poder punitivo do *estado de polícia* correspondente ampliação do *estado de direito*, pelo reforço do poder de decisão das *agências jurídicas* - fundado em conceito *ôntico limitador* do sistema punitivo-, capazes de limitar, mas incapazes de suprimir o *estado de polícia*, cujo poder maior transcenderia a pena criminal para vigiar, registrar controlar ideias, movimentos dissidência. 4. O objetivo de *conter* o poder punitivo do *estado de polícia* intrínseco em todo *estado de direito*, proposto pela teoria *negativa/agnóstica* da pena criminal - produzida pela inteligência criativa de EUGENIO RAÚL ZAFFARONI e de NILO BATISTA, comprometidos com a democratização do sistema punitivo na periferia do sistema político-econômico globalizado-, justifica a teoria *negativa/agnóstica* da pena criminal como teoria crítica, humanista e democrática do Direito Penal, credenciada para influenciar projetos de política criminal a prática jurídico-penal na América Latina. Afinal, definir pena como *ato de poder político*, atribuir à pena o mesmo fundamento jurídico da *guerra* e rejeitar como *falsas* as funções *manifestas* ou *declaradas* da pena criminal significa ruptura radical e definitiva com o discurso de *lei e ordem* do poder punitivo (...)”¹¹⁹.

Portanto, evidencia-se que, ao romper com o intento de legitimação da pena, a proposta da teoria negativa e agnóstica ocupa-se de apreender o realismo marginal latino americano e obstaculizar, no referido cenário, o soerguimento de um estado de polícia que corrompa o estado de direito. Para isso, demonstra-se primordial a tomada do Direito Penal enquanto instrumental de limitação ao poder punitivo, abrindo-se mão de importar as teorias racionalizantes da pena que foram projetadas essencialmente para o contexto das nações colonizadoras, e que, portanto, não guardam relação com a desigualdade experienciada no cenário nacional.

¹¹⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 9. Ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. pp. 441/442.

¹¹⁹ *Ibid.*, pp. 441/442.

Diante do exposto, verifica-se que, trilhado o trajeto entre as teorias da pena, o presente estudo filia-se à possibilidade de superação dos discursos de legitimação da pena por meio da adoção, a priori, da perspectiva negativa e agnóstica, que embora seja passível de aprimoramentos, se compromete com a contenção do poder punitivo na prática jurídico-penal na América Latina, e desnuda, de partida, qualquer perspectiva de legitimação da pena, tratando-a a partir das finalidades reais que ostenta e alertando quando à possibilidade de gestação do estado de polícia que deve ser suprimido no estado de direito.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após efetivamente transcorrer-se todo o percurso proposto ao início do estudo em epígrafe, perpassando criticamente os pensamentos clássicos do discurso de justificação da pena até chegar ao modelo agnóstico, que parte de perspectiva diversa e se propõe a conter o recrudescimento do direito penal, possibilita-se responder ao questionamento inicialmente proposto ao estudo em questão.

Neste prospecto, dadas as contradições evidenciadas no discurso oficial que sustenta o protagonismo das teorias racionalizantes da pena, perpetuadas por um patente sonambulismo jurídico, urge imperioso sobrelevar que a desconstrução das teorias legitimantes das práticas punitivas de perseguição do inimigo, à luz da Criminologia Crítica, não somente é possível, como, de fato, é vital à própria ideia de proteção do Estado Democrático de Direito, no qual haja a preservação das garantias fundamentais insertas ao núcleo rígido da Constituição, e não se admita a relativização de princípios tão caros ao exercício jurisdicional, tais como a presunção de inocência e a paridade de armas, fatidicamente desprezadas em tempos de lavajatismo¹²⁰, a pretexto de combater-se um mal maior.

Desta feita, conforme registrado ao tópico antecedente, adota-se como ponto de partida a possibilidade de a teoria negativa e agnóstica da pena viabilizar o início do caminho a ser cursado para efetivamente conter-se a torrente do poder punitivo, haja vista os pressupostos denotados pela mencionada corrente teórica, que, ao revés das demais teorias, filia-se ao texto constitucional para abandonar a obstinação pela justificação irracional de um sistema punitivo que, assumidamente, não atingiu os propósitos aos quais se dispõe.

Logo, diante do distanciamento de atingir os fins pretendidos pela perspectiva abolicionista – cujas contribuições são reconhecidas e de imensurável proporção ao pensamento crítico –, vislumbra-se na teoria negativa e agnóstica a factual possibilidade de contenção de danos, notadamente se considerado o estado de degradação causado no contexto brasileiro pelas violações perpetradas à vista do abarrotado e irresoluto sistema penitenciário nacional.

Considerando-se o reacionarismo latente no Brasil nos tempos atuais, reavivado por representantes democraticamente eleitos, e que, contraditoriamente, se utilizam do mandato para rogar pelo retorno ao passado ditatorial, vê-se que a seara penal é mormente afetada por tentativas de colonização do debate público na defesa do recrudescimento das práticas punitivas, embebidas de aspiração por vingança contra o inimigo comum eleito.

¹²⁰ <https://www.conjur.com.br/2021-fev-12/limite-penal-descaminhos-lava-jato-caminhos-limite-penal-2021>. Acesso em 02 de outubro de 2022.

Desse modo, em que pese a atual impossibilidade de supressão total dos presídios brasileiros, dada a necessidade de manter-se o acautelamento em casos extremos que envolvam violência ou grave ameaça, demonstra-se primordial lidar com os fatos a partir do modo que se apresentam. E assim, deve-se reconhecer que, atualmente, a única função efetivamente alcançada pela pena aplicada nos presídios brasileiros é a retribuição, posto que, à vista das circunstâncias hodiernas que assolam o contexto pátrio, a pena orienta-se meramente a suprir o intento de punitivo, sem objetivos metajurídicos a serem almejados.

Nesse contexto conflitivo, vislumbra-se que, aprioristicamente, a assunção da pena, à luz da teoria agnóstica, demonstra-se vital à própria preservação das garantias mínimas do apenado, de modo que se deve buscar romper com as construções teóricas e, essencialmente, com a prática mecanicista, que de alguma forma se destinem a dissimular a experiência degradante¹²¹ imposta aos reclusos no cárcere brasileiro, fundamentalmente agravada durante a pandemia de COVID-19¹²².

Então, a partir da estrita observância ao mínimo existencial dos sujeitos, coadunada com a superação dos discursos de legitimação da pena, corrobora-se com a adoção do discurso negativo e agnóstico da pena, a propositura de medidas despenalizadoras e descriminalizantes, especialmente vislumbradas no debate da descriminalização e regulamentação do cultivo e comércio de drogas, ante a completa irracionalidade de manter-se indivíduos enclausurados em condições desumanas, a pretexto de supostamente tutelar o bem jurídico da saúde pública.

Desta maneira, evidencia-se que o sistema carcerário nacional já está colapsado – inclusive, se tem recente notícia do reflexo de tal falência no âmbito municipal de Ouro Preto/MG¹²³ –, carecendo de medidas urgentes que viabilizem a imediata libertação dos acautelados que não ofereçam mínimo risco e, notadamente, daqueles que ainda não tenham contra si o provimento jurisdicional condenatório, dada a completa subversão do acautelamento preventivo que, ao invés de afigurar-se como exceção, tornou-se a regra.

Neste toar, Maria Lúcia Karam propõe aos leitores uma sugestão clássica de Hulsman, nos seguintes termos:

¹²¹ <https://www.cnj.jus.br/estado-de-coisas-inconstitucional-nas-prisoas-repercute-dentro-e-fora-do-pais/#:~:text=%C2%B0%20347%2C%20o%20Supremo%20Tribunal,por%20omiss%C3%A3o%20do%20poder%20p%C3%ABlico>. Acesso em 13 de outubro de 2022.

¹²² <https://www.conjur.com.br/2022-jan-21/mortes-covid-19-prisoas-aumento-225-mes>. Acesso em 10 de outubro de 2022.

¹²³ <https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2022/09/15/mp-pede-interdicao-do-presidio-de-ouro-preto-e-estado-suspende-admissao-de-novos-presos.ghtml>. Acesso em 15 de outubro de 2022.

“(...) Para efetivamente compreender este sofrimento, é preciso seguir a sugestão de Hulsman e vê-lo de dentro: esforçar-se para imaginar e interiorizar o que é a prisão, superando o pensamento puramente abstrato, que coloca em primeiro lugar a “ordem”, o “interesse geral”, a “segurança pública”, a “defesa dos valores sociais”, que faz crer na ilusão sinistra de que, para proteger-nos da delinquência”, é necessário e suficiente botar na cadeia algumas dezenas de milhares de pessoas, que fala muito pouco dessas pessoas encarceradas em nosso nome”¹²⁴.

Não se pode olvidar o reconhecimento de que a imposição da pena assume contornos ainda mais devastadores no contexto neoliberal que assola as políticas sociais, solapa as garantias fundamentais e intensifica o processo de desigualdade social. Desse modo, depreende-se que o caráter excludente representado no controle das massas excedentes do sistema capitalista finda por orientar a atuação do Direito Penal na construção de uma política contemporânea simbólica de controle de riscos econômicos ou ambientais, e de políticas criminais que visem controlar a pobreza, por meio do enclausuramento como forma de controle de determinados grupos sociais indesejados e alcunhados como perigosos. *“O sistema penal foi construído para funcionar apenas marginalmente, tendo na excepcionalidade de sua atuação, e portanto, na ineficácia, sua própria condição de existência.”*¹²⁵.

Deste modo, diante de todo o exposto, conclui-se *“uma atitude mais racional e mais humana aponta para caminhos outros que não os de penas e prisões. Uma atitude mais racional e mais humana aponta para respostas e para estilos que favoreçam não os interesses de manutenção e reprodução de sistemas desiguais e perversos, mas que sim permitam a libertação e a emancipação do homem”*.¹²⁶.

¹²⁴ KARAM, Maria Lúcia. *De Crimes, Penas e Fantasias*. Niterói – RJ: Luam, 1991. p. 181..

¹²⁵ Ibid. p. 181.

¹²⁶ Ibid. p. 181.

REFERÊNCIAS

BARATA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999, pp. 159/161.

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução Crítica à Criminologia Brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BRASIL. [Código Penal]. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Brasília – DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 13 out. 2022.

BRASIL. [Código de Processo Penal]. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Brasília - DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 13 out. 2022.

BRASIL. [Lei de Execução Penal]. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília – DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 13 out. 2022.

CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CHRISTIE, Nils. **Uma razoável quantidade de crime**. Tradução, apresentação e notas: André Nascimento. 1ª reimpr. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2013.

COSTA, André de Abreu; LANZA, Karina Ferreira. **Necropolítica: o “Estado de Coisas Inconstitucional” e a gestão da morte nos sistemas carcerários brasileiros**. In: COSTA, André de Abreu. *Escritos de Ciências Penais*. Vol. II. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2021.

COSTA, André de Abreu. **Penas e Medidas de Segurança: Fundamentos e Individualização**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

Descaminhos da "lava jato", caminhos da Limite Penal para 2021. **CONJUR**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-fev-12/limite-penal-descaminhos-lava-jato-caminhos-limite-penal-2021>. Acesso em: 02 out. 2022.

“Estado de coisas inconstitucional” nas prisões repercute dentro e fora do país. **CNJ**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/estado-de-coisas-inconstitucional-nas-prisoos-repercute-dentro-e-fora-do-pais/#:~:text=%C2%B0%20347%2C%20o%20Supremo%20Tribunal,por%20omiss%C3%A3o%20do%20poder%20p%C3%ABlico>. Acesso em: 13 out. 2022.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FLETCHER, George P. **Basic Concepts of Criminal Law**. New York: Oxford, University Press, 1998.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Porto Alegre: Safe, 2005.

HASSEMER, Winfried. **Persona, Mundo y Responsabilidad: bases para una teoría de la imputación em Derecho Penal**. Bogotá: Temis, 1999.

HULSMAN, Louk. CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas: O sistema penal em questão**. 3ª ed. Niterói: Luam Editora, 1997.

KARAM, Maria Lúcia. **De Crimes, Penas e Fantasias**. Niterói – RJ: Luam, 1991.

KHALED JR., Salah H. **Curso on-line de Direito Penal e Criminologia**. Disponível em: <https://direitopenalecriminologia.club.hotmart.com/>. Acesso em: 13 ago. 2022.

KHALED JR., Salah H. **Justiça social e sistema penal**. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. P. 37.

Mortes por Covid-19 em prisões têm aumento de 225% em um mês. CONJUR. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jan-21/mortes-covid-19-prisoas-aumento-225-mes>. Acesso em: 10 out. 2022.

MP pede interdição do Presídio de Ouro Preto e estado suspende admissão de novos presos. Globo. Disponível em: <https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2022/09/15/mp-pede-interdicao-do-presidio-de-ouro-preto-e-estado-suspende-admissao-de-novos-presos.ghtml>. Acesso em: 15 out. 2022.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General: Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Madri: Civitas, 1997.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Criminologia Radical**. Florianópolis: Empório do direito, Tirant lo Blanch, 2018.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Criminologia: contribuição para crítica da economia da punição**. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 9. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 14. ed. São Paulo: Thomson Reuters. 2021.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZILIO, Jacson Luiz. **Curso *on-line* de “Teoria do Crime: Direito Penal”**. Disponível em: <https://www.introcrim.com.br/cursos>. Acesso em: 13 ago. 2022.