

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS  
Programa de Pós-graduação em Direito

Mônica Rafaela Oliveira Martins Rieger

**DIREITO PENAL ENQUANTO FERRAMENTA DELIMITADORA DO PODER  
PUNITIVO ESTATAL: da pena à luz do garantismo**

Belo Horizonte  
2022

Mônica Rafaela Oliveira Martins Rieger

**DIREITO PENAL ENQUANTO FERRAMENTA DELIMITADORA DO PODER  
PUNITIVO ESTATAL: da pena à luz do garantismo**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão

Área de Concentração: Democracia, Liberdade e Cidadania

Linha de Pesquisa: Intervenção Penal e Garantismo

Belo Horizonte

2022

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

R554d Rieger, Mônica Rafaela Oliveira Martins  
Direito penal enquanto ferramenta delimitadora do poder punitivo estatal:  
da pena à luz do garantismo / Mônica Rafaela Oliveira Martins Rieger. Belo  
Horizonte, 2022.  
140 f.

Orientador: Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão  
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.  
Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Direito penal - Brasil. 2. Garantismo penal. 3. Pena (Direito). 4. Poderes  
do Estado. 5. Prisões - Brasil. 6. Punição. 7. Legalidade (Direito). I. Brandão,  
Cláudio Roberto Cintra Bezerra. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas  
Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 343.2

Mônica Rafaela Oliveira Martins Rieger

**DIREITO PENAL ENQUANTO FERRAMENTA DELIMITADORA DO PODER  
PUNITIVO ESTATAL: da pena à luz do garantismo**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Democracia, Liberdade e Cidadania

Linha de Pesquisa: Intervenção Penal e Garantismo

---

Prof. Dr. Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão – PUC Minas (Orientador)

---

Profa. Dra. Ana Elisa Liberatore Silva Bechara – USP (Banca Examinadora)

---

Prof. Dr. Henrique Viana Pereira – PUC Minas (Banca Examinadora)

Belo Horizonte, 11 de março de 2022.

*Aos meus professores, minha fonte de inspiração.*

## AGRADECIMENTOS

A Deus, minha maior fonte de força, por todos os planos de excelência que elaborou sobre a minha vida. Pela sua infinita graça e bondade de mostrar, dia após dia, que não haverá fardo maior do que aquele que eu possa carregar.

Aos meus pais, Rose e Neir, ao meu irmão César Augusto e a toda a minha família, na pessoa de Zulmira Rieger e Valdir Oliveira, por serem o meu porto seguro.

À Zenith Teixeira, Jandir Martins, Vicente e Geralda Rieger, *in memoriam*.

Ao meu companheiro e confidente, Pedro Henrique, por estar ao meu lado em cada momento de dificuldades e vitórias, por todo o amor e cumplicidade.

Aos meus amigos, especialmente Izabella, Mateus, Igor, Nilson e Pablo, por todo o carinho e a atenção.

À Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG), aos professores, funcionários, colegas do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito (PPGD), os quais agradeço na pessoa do professor Dr. Marciano Seabra de Godoi e também a todos os professores e funcionários que me acompanharam durante a graduação na PUC Betim, os quais agradeço na pessoa da professora Dra. Marilene Gomes Durães, pelo incentivo e auxílio.

Ao meu orientador professor Dr. Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão, por todos os ensinamentos desde o estágio em docência e aulas no PPGD até a elaboração da presente dissertação.

Aos componentes da banca examinadora, professora Dra. Ana Elisa Liberatore Silva Bechara, professor Dr. Henrique Viana Pereira e também à professora Dra. Klélia Canabrava Aleixo, por aceitarem fazer parte da avaliação desse trabalho e assim enriquecê-lo.

À Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior, pelo apoio sem o qual o presente trabalho não seria possível.

A todos que, à sua maneira, caminharam comigo nessa jornada, deixo registrado o meu muito obrigado.

*“O estado proíbe ao indivíduo a prática de atos infratores, não porque deseje aboli-  
los, mas sim porque quer monopolizá-los”.*  
*(FREUD, 1987, p. 316).*

## RESUMO

A presente dissertação tem como objeto de estudo o modelo de garantismo penal frente às penas ilícitas executadas no cenário brasileiro, conclusão que se extrai do estudo da previsão legitimadora à crítica garantista da pena. O objetivo é reconstruir os limites do poder punitivo e da atuação do Estado por meio do Direito Penal, a fim de promover a efetivação dos direitos e garantias fundamentais. Diante disso, são apresentadas algumas proposições do Garantismo penal, pressuposto teórico dessa pesquisa, e algumas propostas doutrinárias complementares em face da crise do sistema penal. A pesquisa se valerá do método crítico e, na medida em que apresentar soluções garantistas, do método crítico reconstrutivo. Os resultados apontam que o Direito Penal, apesar de fundamentar a sua legitimidade na igualdade, se torna mera carta de intenções ao não consolidar seus fundamentos de maneira pragmática, conclusão baseada no interacionismo. O primeiro passo para a implementação material da igualdade deve partir das preocupações voltadas a desnudar esse problema, cujo enfrentamento é possível por meio das proposições garantistas estudadas e outras propostas complementares apresentadas. As proposições conformadas pela doutrina, jurisprudência nacional e internacional são compatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro, conquanto carecem de atuação dos órgãos de poder. O sistema prisional brasileiro, não obstante seja um estado de coisas inconstitucional, ainda reclama a adoção de medidas significativas.

Palavras-chave: Crise. Garantismo penal. Pena. Poder punitivo.

## **ABSTRACT**

The object of this study is the Criminal Guaranteeism model in face of illicit punishment executed in Brazil, taken from the study of the legitimizing prediction of the guarantees to the criticism of the punishment. The objective is to reconstruct the limits of punitive power and State action through Criminal Law, in order to promote the realization of fundamental rights and guarantees. Therefore, some propositions of Criminal Guaranteeism are presented, a theoretical assumption of this research, and some complementary doctrinal proposals in the face of the crisis in the penal system. Thus, the research will use the critical method and, insofar as it presents guaranteeing solutions, the critical reconstructive method. The results show that Criminal Law, despite basing its legitimacy on equality, becomes a letter of intent by not consolidating its foundations in a pragmatic way, a conclusion based on labelling approach. The first step towards the material implementation of equality should start from the concerns aimed at uncovering the problem, which is possible to conclude through guaranteeing propositions and other complementary proposals presented throughout this study. In this way, it is possible to observe that such propositions conformed by the national and international doctrine and jurisprudence are compatible with the Brazilian legal system, although they lack action of the organs of power. The Brazilian prison system, despite being an unconstitutional state of affairs, still demands the adoption of significant measures.

**Keywords:** Crisis. Criminal Guaranteeism. Punishment. Punitive power.

## **Gráficos**

Gráfico 1 – Taxa de aprisionamento e déficit de vagas

Gráfico 2 – População privada de liberdade ao longo dos anos

Gráfico 3 – Percentual de crescimento populacional ao longo dos anos

Gráfico 4 - Presos em unidades prisionais no Brasil

Gráfico 5 - Incidências por tipo penal - Geral

Gráfico 6 - Incidências por tipo penal – Feminino

Gráfico 7 - Incidências por tipo penal – Masculino

## **Lista de abreviaturas e siglas**

A Axioma

ADPF Arguição de descumprimento de preceito fundamental

APAC Associação de Proteção e Assistência aos Condenados

CIDH Comissão Interamericana de Direitos Humanos

CADH Convenção Americana de Direitos Humanos

CP Código Penal

CRFB Constituição da República Federativa Do Brasil

DEPEN Departamento Penitenciário Nacional

IDH Interamericana de Direitos Humanos

INFOPEN Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias

HC Habeas Corpus

LEP Lei de Execução Penal

MPE Ministério Público Estadual

MPF Ministério Público Federal

MS Mandado de segurança

Min. Ministro

RE Recurso extraordinário

Rel. Relator

RHC Recurso em Habeas Corpus

STJ Superior Tribunal de Justiça

STF Supremo Tribunal Federal

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>13</b>
<b>TÍTULO I: Modelo de Garantismo Penal</b> .....	<b>15</b>
<b>2 O GARANTISMO PENAL</b> .....	<b>15</b>
2.1 Um modelo normativo de Direito .....	17
2.2 Uma teoria jurídica da validade e da efetividade .....	18
2.3 Uma filosofia política .....	19
<b>3. PRINCÍPIOS AXIOLÓGICOS FUNDAMENTAIS</b> .....	<b>20</b>
3.1 <i>Nulla poena sine crimine</i> .....	20
3.2 <i>Nullum crimen sine lege</i> .....	23
3.3 <i>Nulla lex (poenalis) sine necessitate</i> .....	26
3.4 <i>Nulla necessitas sine injuria</i> .....	28
3.5 <i>Nulla injuria sine actione</i> .....	29
3.6 <i>Nulla actio sine culpa</i> .....	30
3.7 <i>Nulla culpa sine iudicio</i> .....	31
3.8 <i>Nullum iudicium sine accusatione</i> .....	32
3.9 <i>Nulla accusatio sine probatione</i> .....	33
3.10 <i>Nulla probatio sine defensione</i> .....	34
<b>TÍTULO II: Da previsão legitimadora à crítica garantista da pena</b> .....	<b>35</b>
<b>4. PENA E GARANTISMO</b> .....	<b>35</b>
4.1 Quando punir .....	37
4.2 Crise da jurisdição e do cárcere preventivo .....	39
4.3 Como punir .....	40
4.3.1 O problema da predeterminação legal da pena pelo legislador .....	41
4.3.2 O problema da determinação judicial da pena pelo juiz .....	43
4.3.3 O problema da pós-determinação da pena na fase executiva .....	45
4.4 Modelo normativo de pena .....	46
4.4.1 Princípios normativos .....	50
4.5 Propostas do garantismo com ênfase na questão da pena .....	51
<b>5. CONSIDERAÇÕES INICIAIS EM RELAÇÃO À PENA</b> .....	<b>54</b>
5.1 Evolução a partir do ideal humanitário .....	56
5.2 Da síntese dos estudos criminológicos e difusão da criminologia .....	57
<b>6. DAS TEORIAS ACERCA DA PENA</b> .....	<b>66</b>
6.1 Teorias absolutas .....	66
6.2 Teorias relativas .....	69
6.2.1 Prevenção especial .....	69
6.2.2 Prevenção geral .....	74
6.3 Teorias unificadoras .....	77
6.3.1 Teoria dialética unificadora .....	79
<b>7. PARADIGMA DO DESVIO E CRÍTICA AO SISTEMA DE PENAS</b> .....	<b>82</b>

7.1 Interacionismo simbólico e a construção de um estereótipo.....	84
8. CRISE DO SISTEMA PENAL BRASILEIRO.....	90
9. ALGUMAS PROPOSTAS.....	104
9.1 Coculpabilidade penal .....	104
9.2 O funcionalismo teleológico de Roxin.....	106
9.3 Equivalentes funcionais da pena.....	110
9.4 Compensação penal .....	113
10 CONCLUSÃO .....	128
REFERÊNCIAS.....	133

## 1 INTRODUÇÃO

A política criminal da atualidade é ambivalente, embora se constitua com base em uma teoria unificadora da pena, sob o discurso jurídico-penal da integração social e de igualdade, não é essa a realidade do sistema penal. O atual sistema encontra-se em crise, o aumento do número de presos está acima do crescimento populacional e o déficit de vagas nos presídios já atinge cerca do dobro do número de vagas, além do considerável percentual de reincidência criminosa.

A *práxis* carcerária seletiva, de exceção e, acima de tudo, inconstitucional, provoca questionamentos quanto à legitimidade do *ius puniendi* estatal, o que acarreta a necessidade de uma reflexão filosófico-penal quanto a reformulação do sistema de penas sob a égide de um Direito Penal mínimo e de garantias.

O problema da criminalidade é, antes de mais nada, um problema social. É preciso, portanto, promover uma análise do problema na realidade social em que ele se encontra, sendo que a compreensão da criminalidade está no estudo da ação do sistema penal desde as normas abstratas até a ação das instâncias oficiais.

Diante disso, a pesquisa tem como objeto de estudo o modelo de garantismo penal frente às penas ilícitas executadas no cenário brasileiro, conclusão que se extrai do estudo da previsão legitimadora à crítica garantista da pena.

A proposta do presente estudo<sup>1</sup> é analisar o sistema de penas à luz da teoria do garantismo penal. Assim, a pesquisa tem como problema o atual sistema de penas, dado que o discurso jurídico-penal é falacioso, o que se vislumbra em um contexto pragmático é a pena utilizada em seu caráter meramente retributivo, sendo que o atual sistema prisional é inapto a solucionar os conflitos que se propõe, trazendo uma solução meramente simbólica.

Para tanto, utiliza-se da metodologia de pesquisa quantitativa e qualitativa e do método crítico reflexivo aplicado à realidade experimentada, dado que o trabalho realiza uma revisão de literatura aplicada à dados empíricos. Portanto, a pesquisa se valerá do método crítico e, na medida em que apresentar soluções garantistas, do método crítico reconstrutivo.

Inicialmente se abordará o modelo de garantismo penal, trabalhando, nos primeiros capítulos, o Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli, referencial teórico que

---

<sup>1</sup> O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

norteará todo o estudo. A seguir, serão explicitados os princípios axiológicos fundamentais que consolidam o Garantismo e então, passa a analisar as considerações acerca da pena e garantismo, sobretudo as propostas do garantismo com ênfase na questão da pena; as considerações iniciais em relação à pena e sua evolução; das teorias da função da pena; o paradigma do desvio e crítica ao sistema de penas.

Os capítulos seguintes também irão abordar a crise do sistema penal brasileiro, discutindo os dados do levantamento nacional de informações penitenciárias. Por fim, algumas propostas complementares e compatíveis com o garantismo serão estudadas.

Neste último capítulo, o objetivo não é esgotar as proposições doutrinárias, mas apresentar algumas que se revelaram compatíveis com o garantismo penal e que podem ser utilizadas no contexto brasileiro para a redução do mal causado pela pena, seja para atenuar/reduzir a pena, seja para analisar a necessidade da pena antes mesmo de sua aplicação, seja para equiparar um mal já causado em razão da conduta delitiva com a pena – seja para deixar de executá-la, ou seja para, em última análise, compensar o mal causado por penas ilícitas com o cômputo em dobro do período de pena.

O estudo trabalha com o diálogo entre a dogmática, a criminologia e a política criminal, deixa claro a necessária e urgente remodelação do sistema para solucionar as incongruências entre a realidade e a discussão normativa e apresenta os primeiros passos para esse caminho.

## TÍTULO I: Modelo de Garantismo Penal

### 2 O GARANTISMO PENAL

O garantismo surge com o advento do iluminismo no século XVIII, a teoria nasce como modelo em face do autoritarismo, por meio de um conjunto de princípios limitadores do *ius puniendi* estatal extraídos das Constituições democráticas.

Em uma breve linha do tempo, graças ao processo de secularização, que se inicia a partir do século XV, a ciência, influenciada pelas doutrinas laicizadoras, rompe com a cultura eclesiástica e substitui a vontade divina pela razão. No século XVI o humanismo, matriz do Direito Penal liberal, protagoniza uma nova corrente de pensamento, colocando a pessoa humana no centro do conhecimento. Já nos séculos XVII e XVIII, sob a influência do jusnaturalismo, são elaborados os princípios axiológicos fundamentais, que conectados de maneira sistematizada consolidam o modelo garantista de Direito.

Dentre os objetivos iluministas estavam a codificação legislativa do Direito Penal, a humanização e racionalização das penas, a secularização dos delitos e introdução de garantias fundamentais do imputado<sup>2</sup>.

O modelo garantista clássico, então, é fundado com base nos princípios da legalidade estrita, da materialidade e lesividade, da responsabilidade pessoal, do contraditório e da presunção de inocência<sup>3</sup>. Desta forma, a teoria do garantismo consolida garantias penais e processuais, que devem servir como modelo de um Direito Penal moderno, justo e legítimo. Em contraposição aos anteriores modelos autoritários, o garantismo penal deslegitima o uso da primazia da “defesa social” sobre direitos e garantias individuais.

A teoria tem como pressuposto estabelecer parâmetros objetivos que assegurem a observância das garantias fundamentais. Ferrajoli sistematiza o garantismo penal de forma completa e exaustiva e consolida axiomas que servem como requisitos de verificabilidade em uma análise jurídica, indicando proposições prescritivas (o que deve ocorrer). Serve, portanto, como parâmetro de racionalidade, justiça e legitimidade da intervenção punitiva.

---

<sup>2</sup> IPPOLITO, Dario. O garantismo de Luigi Ferrajoli. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, 2011. p. 37.

<sup>3</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 29.

Assim, o jurista italiano desenvolve três significados para o garantismo: um modelo normativo de direito; uma teoria jurídica da validade e da efetividade e, por fim, enquanto uma filosofia política que impõe ao Estado e ao próprio direito o ônus da justificação externa. Pretende, de forma precípua, a separação entre o direito e a moral.

Não obstante as suas raízes iluministas e sua base liberal, pautada na constitucionalização do direito, que alcança não apenas um garantismo penal, mas, além disso, um garantismo geral, porque é aplicável a qualquer ramo do Direito, o que permite falar em uma teoria geral do Direito como teoria geral do garantismo, não são raras as vezes em que se emprega um neologismo ao garantismo. Por isso, é imprescindível promover esclarecimentos acerca do que é e do que não é garantismo em certos discursos e do quão caro é o garantismo para todo e qualquer indivíduo.

Como visto, o modelo garantista é fundado em, dentre outros princípios, o da legalidade estrita. Apenas para exemplificar sua indispensabilidade, na Alemanha nazista, uma lei de 28 de junho de 1935 substituiu o velho art. 2º do Código Penal de 1871, dispondo que poderia ser punido aquele que fosse merecedor de punição, utilizando-se como fundamento o “conceito fundamental” de uma lei penal e segundo o sentimento do povo. Não havendo qualquer lei penal de imediata aplicabilidade, o fato poderia ser punido à base de algum conceito fundamental que melhor se ajuste a lei<sup>4</sup>.

Esta margem de discricionariedade coloca nas mãos do Estado um poder punitivo ilimitado e parcial, possibilita punir quem o interesse, da forma como lhe convém e atribuir como crimes e penas o que melhor lhe interesse, acarretando abusos de poder e autoridade.

No mesmo sentido, o Código da República Russa de 1922 introduz, em seu art. 10, a analogia *in malam partem*, dispondo que “em caso de ausência no Código Penal de normas específicas para cada um dos delitos, as penas ou as medidas de defesa social se ajustarão aos artigos do Código Penal que contemplem delitos análogos por sua importância e qualidade”<sup>5</sup>.

É de extrema necessidade iniciar a discussão acerca do garantismo com casos como esses, é inadmissível a criminalização de condutas por outro meio que não o legal, há um grande perigo na inobservância da reserva legal, sob risco de declínio à

---

<sup>4</sup> Ibidem. p. 309.

<sup>5</sup> Ibidem. p. 310.

períodos obscuros da história que marcaram a humanidade, isto pois, abre margem para outras futuras e diversas criminalizações discricionárias e de cunho subjetivo. Assim, é possível deixar claro o real papel do garantismo no Direito Penal moderno.

A teoria do garantismo penal, antes de mais nada, propõe-se a estabelecer critérios de racionalidade e civilidade à intervenção penal, deslegitimando qualquer modelo de controle social maniqueísta que coloca a 'defesa social' acima dos direitos e garantias individuais. Percebido dessa forma, o modelo garantista permite a criação de um instrumental pratico-teórico idôneo à tutela dos direitos contra a irracionalidade dos poderes, sejam públicos ou privados<sup>6</sup>.

Outro ponto que merece esclarecimento acerca do garantismo é que ele não é dirigido exclusivamente ao réu de uma ação penal (embora seja frequentemente visto desta forma), isso porque, o titular de garantias e direitos fundamentais não é aquele contra quem se imputa uma acusação, mas todos os indivíduos de uma sociedade, trata-se de tutela concedida a todo e qualquer indivíduo por meio dos direitos fundamentais, intangíveis, indisponíveis, intransferíveis e inegociáveis.

Partindo dessas considerações, o juspositivista e constitucionalista Luigi Ferrajoli, preceitua que o papel social não é servir a justiça, mas sim ao direito. Dessa forma, consolida dez axiomas que, somados, formam uma espécie de teste de racionalidade lógico e científico acerca da decisão, são critérios de verificabilidade importados das ciências naturais. Não se trata de um juízo de opinião, moral, ou de noção de justiça (se é justo ou injusto) mas, de uma análise jurídica a partir dos axiomas. Não é, portanto, uma análise subjetiva, mas sim objetiva, a partir de um sistema lógico e verificável.

## 2.1 Um modelo normativo de Direito

Enquanto modelo normativo de Direito Penal, o garantismo se materializa na estrita legalidade, própria do Estado de direito. Para o Direito Penal, o Estado de direito é compreendido enquanto governo por intermédio da Constituição e das leis gerais e abstratas (*per legis*) e governo submetido às leis (*sub leges*).

Para ilustrar, no exercício do poder legiferante, o legislador, na mesma medida em que exerce seu poder por intermédio da Constituição (*per leges*), está igualmente submetido a ela (*sub leges*). Também exerce sua função sob as leis (*sub leges*) o poder judiciário, na apuração e punição de delitos.

---

<sup>6</sup> CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e Garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2ª ed. ampliada, 2002. p. 19.

O poder *sub leges* também pode ser compreendido como um poder limitado ora formalmente, ora substancialmente, uma vez que deve seguir determinadas formalidades e conteúdos. Há, portanto, a imposição de limitações formais e substancias ao exercício do poder pelo Estado, que devem atuar de maneira conjunta.

Em sentido diverso, um Estado de direito, isoladamente formal, poderia ser também um Estado autoritário, visto que, face à máxima latina *lex facit regem*, o exercício daquele poder seria legal conforme estivesse formalizado em lei. É, portanto, o garantismo, o modelo que consolida a formação moderna do que é Estado de direito.

O garantismo enquanto modelo normativo de Direito “designa um modelo de ordenamento dotado de meios de invalidação de cada exercício de poder em contraste com normas superiores postas para tutela de direitos fundamentais”<sup>7</sup>.

O modelo se apresenta no Estado nascido das Constituições modernas, que é regulado pelas leis e, ao mesmo tempo, subordinado a elas, observando-se um plano de validade formal e material. Desse modo, se descreve

a) no plano formal, pelo princípio da legalidade, por força do qual todo poder público - legislativo, judiciário e administrativo - está subordinado às leis gerais e abstratas que lhes disciplinam as formas de exercício e cuja observância é submetida a controle de legitimidade por parte dos juízes delas separados e independentes (a Corte Constitucional para as leis, os juízes ordinários para as sentenças, os tribunais administrativos para os provimentos); b) no plano substancial, da funcionalização de todos os poderes do Estado à garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, por meio da incorporação limitadora em sua Constituição dos deveres públicos correspondentes, isto é, das vedações legais de lesão aos direitos de liberdade e das obrigações de satisfação dos direitos sociais, bem como dos correlativos poderes dos cidadãos de ativarem a tutela judiciária<sup>8</sup>.

Assim, pode se afirmar garantista o sistema penal que esteja em conformidade normativa e efetiva com esse modelo, em maior ou menor grau.

## 2.2 Uma teoria jurídica da validade e da efetividade

O segundo significado de garantismo conduz a diferença entre os modelos normativamente garantistas e práticas antigarantistas. Sob a ótica garantista, o primeiro é válido, mas não é efetivo, enquanto que o segundo é efetivo, mas não é válido. Há, portanto, um distanciamento entre os planos do ser e do dever ser. Trata-

<sup>7</sup> FERRAJOLI, Luigi, op. cit. p. 705.

<sup>8</sup> Ibidem, p. 688.

se de uma “teoria jurídica que permite a crítica e a perda da legitimação desde o interior das normas vigentes inválidas<sup>9</sup>”.

A teoria garantista do Direito Penal visa resguardar o funcionamento efetivo do ordenamento, com o devido funcionamento no plano normativo (prescritivo) e realista (fático). A validade e a efetividade, em conjunto, são avaliadas conforme o maior ou menor grau que o seu funcionamento se exterioriza e resulta em um ordenamento efetivo ou não efetivo.

Neste sentido, “o garantismo opera como doutrina jurídica de legitimação e, sobretudo, de perda da legitimação interna do Direito Penal, que requer dos juízes e dos juristas uma constante tensão crítica sobre as leis vigentes<sup>10</sup>”. Essa tensão crítica, diferente de um juspositivismo equivocado e de uma “dogmática acrítica”<sup>11</sup>, conduz o jurista ao inconformismo, à dúvida, à crítica e à incerteza sobre as leis, sua validade e sua aplicação, elucida o jurista italiano.

### **2.3 Uma filosofia política**

Como filosofia política, o garantismo impõe ao Estado o ônus da justificação externa ou política, resultando em um ponto de vista político, com base em bens e interesses que se pretende a garantia e tutela.

Não se confunde, assim, direito e moral ou validade e justiça. O ponto de vista externo corresponde ao “ponto de vista interno do sistema político, ou seja, no caráter instrumental do direito e do Estado relativamente a finalidades, valores, necessidades, interesses e vontade extra-estatais e metajurídicas”<sup>12</sup>. Essencial à democracia, representa os interesses individuais e coletivos da população e a razão de ser do Estado ao executar tais necessidades.

Consolida a ideia de heterojustificação do Direito Penal, como ferramenta de satisfação dos interesses vitais da população, e dessa forma se opõe à ideia de autojustificação do Direito Penal, própria de modelos autoritários.

---

<sup>9</sup> Ibidem, p. 705.

<sup>10</sup> Ibidem, p. 684.

<sup>11</sup> O autor chama de “juspositivismo dogmático” cada orientação teórica que ignora o conceito de vigor das normas como categoria independente da validade e da efetividade: sejam os ordenamentos normativos, que assumem como vigentes somente as normas válidas, sejam os ordenamentos realistas, que assumem como vigentes apenas as normas efetivas” Ibidem, p. 699.

<sup>12</sup> Ibidem, p. 725.

### 3. PRINCÍPIOS AXIOLÓGICOS FUNDAMENTAIS

O modelo garantista adota os seguintes princípios axiológicos fundamentais (axiomas): *Nulla poena sine crimine*; *Nullum crimen sine lege*; *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*; *Nulla necessitas sine injuria*; *Nulla injuria sine actione*; *Nulla actio sine culpa*; *Nulla culpa sine iudicio*; *Nullum iudicium sine accusatione*; *Nulla accusatio sine probatione*; *Nulla probatio sine defensione*.

Estes princípios jurídicos axiológicos se traduzem respectivamente nos princípios da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; legalidade, no sentido lato e no sentido estrito; necessidade ou da economia do Direito Penal; lesividade ou da ofensividade do evento; materialidade ou da exterioridade da ação; culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; jurisdicionariedade, no sentido lato ou no sentido estrito; acusatório ou da separação entre juiz e acusação; do ônus da prova ou da verificação; do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade.

Tais princípios, conectados de forma sistematizada, formam o modelo garantista de direito, que visa a sua satisfação e aperfeiçoamento no maior grau possível, a fim de consolidar o garantismo em uma sociedade democrática.

#### 3.1 *Nulla poena sine crimine*

O primeiro axioma - A1 é o da *nulla poena sine crimine* que se traduz no princípio da retributividade das penas ou da consequencialidade da pena em relação ao delito. Trata-se do princípio segundo o qual, somado à legalidade estrita, a pena é a “consequência do fato taxativamente previsto na lei como delito”<sup>13</sup>

Tal princípio “expressa não o fim senão justamente o critério de distribuição e de aplicação das penas. Graças a ele, a pena não é um *prius*, senão um *posterius*, não uma medida preventiva ou *ante delictum*, senão uma sanção retributiva ou *post delictum*”<sup>14</sup>. Assim, o axioma A1 é extraído da fórmula kelseniana inversa

Hans Kelsen simbolizou este nexo consequencial entre ilícito e sanção com a conhecida fórmula: “se A, então (deve ser) B”, onde “A” representa o “ilícito” (ou mais especificamente o “delito”), “B” a sanção (ou mais especificamente a “pena”) e “se... então”, a relação de imputação ou causalidade jurídica entre o ato e seu efeito jurídico.<sup>15</sup> Para expressar o valor garantista desta relação, a fórmula kelseniana há de transformar-se, no entanto, na implicação inversa: “se B, então (deve ser) A”, ou na equivalente

<sup>13</sup> Ibidem, p. 112.

<sup>14</sup> Ibidem, p. 297.

"se não A, então não (deve ser) B", que é precisamente o princípio *nulla poena sine crimine*, expressado por nosso axioma A1<sup>15</sup>.

Além disso, a garantia do caráter retributivo da pena pressupõe o afastamento de um Direito Penal do autor, a punição é a consequência do fato e não de quem é a figura do autor. Afasta-se a punição do inocente, ainda que pautada na finalidade preventiva ou utilitarista, estas últimas são postas à margem.

Neste contexto, Alf Ross ensina que a retribuição pressupõe a prevenção (por meio da ameaça legal), mas o contrário não pode ser afirmado<sup>16</sup>, o que significa dizer que a ideia utilitarista de prevenção, afastada do princípio da retribuição, alcança o que se chama de autoritarismo penal moderno<sup>17</sup>.

O princípio retributivo ainda se subdivide em duas distintas acepções, são elas a formalista e a substancialista. A primeira, *quia prohibita*, caracteriza o princípio *nullum crimen sine lege* (A2), a segunda, *quia peccata*, faz referências extrajurídicas à questões morais, sociais, etc. Tratam-se de questões distintas que se complementam, porquanto as condições formais, isoladas, são necessárias e insuficientes e as condições substanciais se dirigem a completá-las.

Em suma, a definição formalista de delito é descritiva, trata da legitimação interna (quando punir) e do critério de validade, enquanto que a definição substancialista é prescritiva (axiológica), trata da legitimação externa (quando proibir) e do critério de justiça, esta última não define juridicamente o delito, mas complementa a primeira.

Como visto, os princípios axiológicos fundamentais consolidam o garantismo ao passo que são conectados sistematicamente, é por intermédio da conexão entre o primeiro axioma, somado à legalidade estrita e ao caráter relativo da verdade judicial que se tem como corolário lógico que "a condenação e a pena não provêm da prova, mas do delito"<sup>18</sup>, rechaça, com isso, a suficiência das provas legais para a condenação e afasta o sistema da livre convicção do juiz (*secunda conscientia*).

O sistema da prova legal permitia que o valor das provas fosse definido em lei, sem observar as peculiaridades de cada caso concreto, a tabelação de valores da prova considerava a confissão como rainha das provas e uma prova absoluta. Assim,

<sup>15</sup> FERRAJOLI, Luigi, op. cit., loc. cit.

<sup>16</sup> ALF ROSS apud FERRAJOLI, op. cit., loc. cit.

<sup>17</sup> Construído com base em doutrinas correccionalistas da defesa social e da prevenção especial, que se dirigem em prol do Direito Penal máximo.

<sup>18</sup> FERRAJOLI, Luigi, op. cit. p. 112.

impedia a atuação do magistrado fora daquilo que era definido pela lei como tarifa probatória.

Como superação do modelo do sistema legal de provas, surge o sistema da livre convicção. Também conhecida como íntima convicção ou sistema da certeza moral do juiz, é aquele em que o magistrado é livre na apreciação e valoração das provas, incluindo aquelas que se encontrem fora dos autos, dessa forma, a decisão judicial prescinde da demonstração das razões que levaram àquele convencimento.

Eram dois extremos, de um lado, a suficiência da prova legal, de outro, a livre convicção do juiz, sem a necessidade de fundamentação acerca da sua decisão, “caiu-se no excesso de discricionariedade e liberdade de julgamento, em que o juiz decide sem demonstrar os argumentos e elementos que amparam e legitimam a decisão”<sup>19</sup>. Vale lembrar que surge o sistema da persuasão racional ou do livre convencimento motivado, como mediador do radicalismo existente nos dois sistemas anteriores.

Este é o sistema adotado pelo Código de Processo Penal Brasileiro, não obstante ainda existirem resquícios no ordenamento jurídico acerca da prova tarifada, a título de exemplo, o artigo 158 do referido código, ao determinar o exame de corpo de delito nas infrações que deixam vestígios em detrimento da confissão do acusado, que não poderá suprir a perícia, e acerca do livre convencimento, como ocorre no caso dos julgamentos submetidos ao Tribunal do Júri.

Conforme observado, é por meio da no princípio da retributividade das penas ou da consequencialidade da pena em relação ao delito que a condenação e a pena procedem do delito e não da prova em si, o que torna a prova uma questão relativa. Um sistema sem delito é, portanto, um sistema irracional<sup>20</sup>, na medida em que carece do axioma A1 e se traduz em um modelo punitivo irracional.

Assim, na estrutura lógica de garantias, o delito é uma condição normativa necessária para a aplicação da pena, mas tal aplicação não se resume na condição normativa, alcança outras condições subsequentes, como a avaliação acerca de excludentes de ilicitude, punibilidade, condições de procedibilidade e demais garantias penais e processuais penais.

---

<sup>19</sup> LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 607.

<sup>20</sup> FERRAJOLI, Luigi, op. cit. p. 81.

### 3.2 *Nullum crimen sine lege*

Cada um dos axiomas que integram o modelo garantista consolidado por Ferrajoli, foram extraídos de Constituições democráticas, sendo o basilar dentre os demais: o axioma da legalidade, que tem o seu primeiro antecedente histórico com a Magna Carta de 1215<sup>21</sup> e nasce como um dos princípios norteadores da atuação estatal, figurando enquanto limitador à intervenção nas liberdades individuais.

No final do século XVIII é proposto na obra “Dos delitos e das penas”, de Cesare Beccaria, sendo que sua sistematização veio com a teoria da coação psicológica, de Anselm von Feuerbach, no início do século XIX<sup>22</sup>, concisa consideração histórica que evidencia seu caráter basilar, afinal, “o princípio da legalidade é condição necessária para que se constitua o Direito Penal”<sup>23</sup>.

À luz da Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB de 1988, a legalidade é considerada como a garantia de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, II, CRFB/88), a lei, neste caso, é considerada em seu sentido amplo, diz respeito a quaisquer das espécies normativas elencadas pelo art. 59 da Constituição Federal. Por outro lado, a estrita legalidade, também chamada de princípio da reserva legal, preceitua que o Estado, por meio da lei em sentido estrito, detém o monopólio da criação de crimes e cominação de penas, nos termos do artigo 5º, inciso XXXIX da CRFB/88.

Para o garantismo penal, o axioma da legalidade, *nullum crimen sine lege*, exige a lei como condição necessária da pena e do delito e deve ser analisado sob duas dimensões, enquanto princípio de mera legalidade e princípio da estrita legalidade. Assim, a legalidade é ao mesmo tempo condicionante e condicionada, dado que “não é mais apenas condicionamento e disciplina, mas também ela mesma condicionada e disciplinada por laços legais, não apenas formal, mas também substancial”<sup>24</sup>. Assim, a mera legalidade condiciona os juízes uma vez que eles estão sujeitos às leis.

<sup>21</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6ª ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993, p. 503.

<sup>22</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 5ª edição. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p.33.

<sup>23</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal Parte Geral**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 74.

<sup>24</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional**. Madrid: Editorial Trotta, 2011, p. 33 (tradução nossa). “*Ya no es solo condicionante y disciplinante, sino también ella misma condicionada y disciplinada por vínculos jurídicos no solo formales sino también sustanciales*”.

Com a mera legalidade há uma lei vigente (limitação formal), que não necessariamente será válida, pois, para observar a validade desta lei, é necessário estar presente a estrita legalidade que, no garantismo penal, condiciona a atuação do legislador na medida em que exige a observância de garantias como condições necessárias da legalidade penal no processo legislativo (limitação substancial).

Enquanto o axioma de mera legalidade se limita a exigir a lei como condição necessária da pena e do delito (*nulla poena, nullum crimen sine lege*), o princípio da legalidade estrita exige todas as demais garantias como condições necessárias da legalidade penal (*nulla lex poenalis sine necessitate, sine injuria, sine actione, sine culpa, sine iudicio, sine accusatione, sine probatione, sine defensione*). Graças ao primeiro princípio, a lei é condicionante; graças ao segundo, é condicionada<sup>25</sup>.

Em síntese, a mera legalidade é a necessidade da lei como condição do delito e da respectiva pena, sendo que esta lei deverá respeitar o processo legislativo constitucional, o que consolida a limitação formal. De outro lado, a estrita legalidade é a necessidade de observância das garantias constitucionais e precipuamente dos princípios da necessidade, lesividade, materialidade, culpabilidade, jurisdicioriedade, acusatório, do ônus da prova e do contraditório. Desta maneira, consolida a limitação substancial e condiciona a atuação do legislador.

O princípio de mera legalidade (T67), que se limita a exigir que os pressupostos das penas estejam estabelecidos de antemão por um ato legislativo, constitui o pressuposto elementar somente do princípio de retribuição, que não se completa na falta daquele; o princípio de estrita legalidade (T58), que exige, ademais, uma lei penal dotada de referências empíricas para que seja possível a sua aplicação em proposições verificáveis, pressupõe, ao contrário, todas as demais garantias - as penais (ou substanciais)[...]<sup>26</sup>

A limitação substancial, segunda dimensão do axioma da legalidade, supera o modelo paleopositivista, o termo *nulla poena, nullum crimen sine lege valida* expressa a mera legalidade e a estrita legalidade em seu conjunto. Tratam-se de dimensões aplicáveis aos demais ramos do Direito e dessa forma podem ser expressados, o primeiro enquanto legitimação jurídica formal, o segundo enquanto legitimação jurídica material, posto que deve ser respeitado o ditame constitucional.

A legalidade tem papel de mandamento nuclear e possui como características inerentes a *lex praevia, lex certa, lex stricta, lex scripta*. O primeiro de seus *standards*, a determinação de lei prévia, pressupõe a irretroatividade da lei penal que de alguma forma venha a prejudicar o réu, o que evita agravar ou introduzir novas punições a

<sup>25</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 76.

<sup>26</sup> FERRAJOLI, Luigi, op. cit. p. 306.

*posteriori*, garantindo também, a manutenção da segurança jurídica. A irretroatividade é, assim, desdobramento da mera legalidade, que se expressa do latim *nulla poena, nullum crimen sine praevia lege poenali*, sem a previsão legal de lei anterior proibitiva o fato cometido não passa de um ato de hostilidade.

A determinação de lei certa pressupõe a necessidade de que o legislador defina de forma clara e individualizada a conduta delituosa, do contrário, o princípio da legalidade não estaria hábil a cumprir com seu papel proeminente, qual seja, o de limitação do poder punitivo estatal, daí advém o princípio da taxatividade no Direito Penal, sem o qual a própria separação de poderes restaria comprometida, permitindo que o judiciário adentre a esfera de poder do legislativo.

A taxatividade, junto do princípio da materialidade da ação, “asseguram as condições de verificabilidade ou falsidade em abstrato das hipóteses de delito, sem as quais a jurisdição penal perde o seu caráter cognitivo e degenera em poder arbitrário”<sup>27</sup>.

Já a determinação de lei estrita preceitua uma forma particular de interpretação da lei penal, o que significa dizer que no Direito Penal não se admite a analogia prejudicial ao réu. A proibição da analogia é desdobramento do princípio da estrita legalidade porque este último não comporta espaço à analogia, pelo menos não a analogia que suprime garantias e abre as portas para um espaço discricionário.

Também é decorrência lógica da taxatividade, isto porque “no silêncio da lei, não é possível nenhum processo de integração por parte do aplicador da norma para a ampliação do conteúdo da lei ou da sua sanção”<sup>28</sup>, do contrário, haveria afronta ao princípio da legalidade, que visa justamente impedir a extensão do âmbito legal da punibilidade por meio da discricionariedade judicial.

De outro modo, a analogia *in bonam partem* é possível, pois a proibição do uso da analogia no Direito Penal se dirige ao âmbito legal da punibilidade. A analogia em benefício do réu segue o critério favor rei, não limita garantias, ao contrário, expande.

A determinação de lei escrita, por seu turno, proíbe a fundamentação ou o agravamento da punibilidade por meio do Direito consuetudinário. O descumprimento de qualquer destes preceitos afasta a aplicação da legalidade.

---

<sup>27</sup> IPPOLITO, Dario. O garantismo de Luigi Ferrajoli. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, 2011. p. 38.

<sup>28</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 158.

Importante destacar os fundamentos jurídico, político e democrático do princípio da legalidade. Face ao fundamento jurídico, a lei deve descrever com precisão o conteúdo mínimo da conduta criminosa. O fundamento político visa proteger o ser humano contra o arbítrio do Estado, o que faz do princípio da legalidade um direito fundamental de primeira dimensão. Quanto ao fundamento democrático ou popular, a população, por meio de seus representantes eleitos, decide os rumos do Direito Penal na tipificação de crimes e cominação das respectivas penas.

Assim, a legalidade figura como o resultado da evolução epistemológico-teórica da separação entre o direito e a moral e possibilita a evolução do Direito em sua interpretação e na formação da teoria do crime, na medida em que se torna corolário da tipicidade, contribuindo ainda com a evolução da teoria da pena, uma vez que comina sanções.

### **3.3 *Nulla lex (poenalis) sine necessitate***

O terceiro axioma reflete o princípio da necessidade, tal princípio carrega a principal resposta à indagação de “como punir”, devendo a pena ser estritamente e evidentemente necessária, além da “mínima dentre as penas possíveis”<sup>29</sup> Com ele, caminha o princípio da dignidade da pessoa, que o complementa. Do princípio da necessidade decorrem alguns desdobramentos, à medida em que a pena deve carregar estrita observação à dignidade da pessoa humana e deve se limitar ao mínimo estritamente necessário<sup>30</sup>.

As penas cruéis e corporais, executadas contra àqueles que cometessem de delitos leves aos mais reprováveis, permaneceram no cenário europeu até o século XVIII e tem prevalecido ainda em alguns países<sup>31</sup>. Dessa forma, “acima de qualquer argumento utilitário, o valor da pessoa humana impõe uma limitação fundamental em relação à qualidade e à quantidade da pena”<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup> Nesse sentido é o artigo 8º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, o artigo 9º da Declaração de Virgínia de 1776 e os artigos 16 e 12 da Constituição francesa de 1793 e de 1795, respectivamente.

<sup>30</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 317.

<sup>31</sup> Como é o caso dos EUA, países africanos e asiáticos, por exemplo.

<sup>32</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 318.

A necessidade está igualmente interligada à legalidade, uma vez que está presa à ideia de necessidade, especificamente à necessidade ditada pela lei<sup>33</sup>. Do princípio da necessidade se extrai que a pena deve obedecer a um patamar mínimo (quantidade da pena; quanto punir) e que a qualidade da pena (como punir) deve observar a igualdade, legalidade e o caráter privativo, esse último separado de qualquer objetificação do ser humano<sup>34</sup>, sendo assim, “toda pena qualitativa e quantitativamente maior do que a suficiente para reprimir reações informais mais aflitivas para o réu, pode ser considerada lesiva para a dignidade da pessoa”<sup>35</sup>.

Frente às penas cruéis, ideologias retribucionistas e de defesa social, o princípio da necessidade busca, precipuamente, sustentar a imprescindibilidade da minimização das penas a fim de evitar que se deturpe o indivíduo, bem como a máxima economia na configuração dos delitos.

Excluída qualquer finalidade de emenda ou disciplinatória, a única coisa que se pode e se deve pretender da pena é que, como escreveu Francesco Carrara, “não perverta o réu”, quer dizer, que não reedue, mas também que não deseduque, que não tenha uma função corretiva, mas tampouco uma função corruptora; que não pretenda fazer o réu melhor, mas que tampouco o torne pior. Mas para tal fim não há necessidade de atividades específicas diferenciadas e personalizadas. É necessário, sobretudo, que as condições de vida dentro da prisão sejam para todos as mais humanas e as menos aflitivas possíveis; que em todas as instituições penitenciárias esteja previsto o trabalho - não obrigatório, senão facultativo, juntamente com o maior número possível de atividades coletivas, de tipo recreativo e cultural; que na vida carcerária se abram e desenvolvam espaços de liberdade e de sociabilidade mediante a mais ampla garantia de todos os direitos fundamentais da pessoa; que, por fim, seja promovida a abertura da prisão - os colóquios, encontros conjugais, permissões, licenças etc. - não mediante a distribuição de prêmios e privilégios, senão com a previsão de direitos iguais para todos<sup>36</sup>.

Desta forma, o aludido axioma é imprescindível para o modelo garantista e consolida um forte instrumento para reprovação das penas cruéis e degradantes, próprias de sistemas autoritários. O processo penal torna-se, assim, a ferramenta indispensável para o alcance da pena, ao passo que condiciona o exercício do poder punitivo à observância das regras do devido processo penal.

---

<sup>33</sup> ALVES, Sílvia. **Punir e humanizar: o Direito Penal Setecentista**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. p. 60.

<sup>34</sup> Daí decorre o princípio da humanidade das penas.

<sup>35</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 318.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 319.

### 3.4 *Nulla necessitas sine injuria*

O quarto axioma consolida o princípio da lesividade ou da ofensividade do evento, o qual assegura que apenas sejam considerados pela lei penal os mais graves efeitos lesivos, desconsiderando-se a mera hostilidade e imoralidade, “impõe, para uma maior tutela da liberdade pessoal de consciência e da autonomia e relatividade moral, a tolerância jurídica de toda atitude ou conduta não lesiva a terceiros<sup>37</sup>”. Neste sentido é o artigo 4º da Declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789, ao determinar a liberdade como “tudo aquilo que não prejudique outrem”.

O princípio conduz à tutela de direitos necessários e fundamentais, mas a grande questão é: que direitos são estes? Pouco a pouco, em contramão ao garantismo, amplia-se cada vez mais o rol de tipos penais e bens jurídicos a serem tutelados, já não mais se observa as variadas teorias do bem jurídico<sup>38</sup>, mas se concebe o “lesado universal<sup>39</sup>”, alcançando os mais vagos delitos de perigo abstrato ou presumido<sup>40</sup>.

Tal ampliação configura o delito como um *crimen laesae majestatis*, a justificação externa se confunde com a legitimação interna, assim criminaliza a mera desobediência, justamente por sê-la<sup>41</sup>. Os conceitos indevidos, sejam pela excessiva amplitude ou restrição, permitem alcançar uma conclusão: a impossibilidade de se alcançar uma definição acabada.

A teoria do bem jurídico está apta a traçar critérios que podem configurar a deslegitimação da proibição (por falta ou escassez de justificação), seja pela irrelevância do bem jurídico para o Direito Penal, pela desproporcionalidade ou inidoneidade das penas, ou seja pela falta de lesão ao bem jurídico. Ferrajoli trabalha com quatro questões que giram em torno do que é o bem jurídico

---

<sup>37</sup> Ibidem, p. 372.

<sup>38</sup> Ferrajoli esclarece as considerações diversas acerca do bem jurídico a ser objeto de tutela. Para Locke, os bens de tutela fundamental são a vida, a liberdade, a saúde, a integridade física; Para Birnbaum, trata-se de qualquer bem que deva ser tutelado pelo Estado sempre que não for possível a tutela por meio de uma ameaça geral; Para Romagnosi, trata-se daquilo que é nocivo ao bem estar alheio; Para Rossi, um mal material; Para Carrara, o mal sensível que o direito produz ao violar o direito atacado [...] Ibidem, p. 375.

<sup>39</sup> O lesado universal substitui a parte lesada, não mais se fala no indivíduo materialmente lesado, pouco a pouco a questão do sujeito lesado vai sendo substituída pelos interesses do Estado, tal como ocorrera na Itália com os “delitos contra a personalidade do Estado”.

<sup>40</sup> O bem não corre perigo concretamente, o perigo que se diz é presumido em abstrato pela lei. Dessa forma, se não subsiste nenhum perigo, a mera violação formal se limita na punição por desobediência.

<sup>41</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 375.

a) se as proibições penais devem tutelar um bem jurídico para não ficar sem justificção moral e política; b) se um determinado ordenamento oferece a garantia de lesividade, isto é, as proibições legais e as sanções concretas são legítimas juridicamente se produz um ataque a um bem jurídico; c) quais bens, ou não bens, tutelam normativamente as leis penais; d) quais bens, ou não bens, tutelam, de fato, as mesmas leis, e quais bens, ou não bens, são atacados pelas condutas que elas proibem. A primeira destas quatro questões é ético-política; a segunda, jurídico-constitucional; a terceira, jurídico-penal; e a quarta, sociológico-empírica. Trata-se de questões descritivas, exceto a primeira, que é puramente axiológica[...]<sup>42</sup>.

Diante dessas questões algumas considerações merecem amplo destaque, a tutela de interesses é maior ou menor conforme é o custo da pena<sup>43</sup>; as proibições são inúteis se não forem idôneas<sup>44</sup>; a tutela de bens pelo Direito Penal deve ser subsidiária às políticas extrapenais, há uma função preventiva possível de ser adotada no campo administrativo e tais medidas devem anteceder a tutela penal.

Assim, por meio do princípio da lesividade, o garantismo propõe a minimização da intervenção penal, excluindo da tutela penal (tutela extrema) as contravenções penais, a mera desobediência, atos de cogitação e preparatórios, os danos civis reparáveis, as violações de normas administrativas, os crimes de perigo presumido e todas as demais condutas que o Direito Penal seja desproporcional para preveni-las (podem ser prevenidas por outros ramos do direito), tal diminuição permite simplificar e racionalizar o sistema penal.

### **3.5 *Nulla injuria sine actione***

O referido axioma trata do princípio da materialidade ou da exterioridade da ação, o qual assegura que “nenhum dano, por mais grave que seja, pode-se estimar penalmente relevante, senão como efeito de uma ação<sup>45</sup>”, tal princípio axiológico fundamental pressupõe uma relação de causalidade entre a conduta e o resultado, excluindo a responsabilidade por fatos não atribuíveis ao sujeito em razão da ausência de sua ação, bem como os atos internos.

<sup>42</sup> Ibidem, p. 376.

<sup>43</sup> Para ilustrar, nenhum bem justifica a pena de morte para prevenir a sua lesão. Ibidem, p. 378.

<sup>44</sup> Para essa averiguação, basta fazer uma comparação dos resultados lesivos antes e depois da criminalização de atos cometidos por razões de profundo motivo individual, econômico ou social, se com a comparação for possível perceber que a criminalização não reduziu aqueles determinados fatos, será possível chegar à conclusão de que se tratava de uma proteção simbólica de valores meramente morais.

<sup>45</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 384.

Seus fundamentos guardam relação com o critério de utilidade segundo o qual os atos internos não têm o condão de produzir danos a terceiros, bem como com o princípio axiológico da separação entre direito e moral, que constrói uma barreira à invasão do Estado na esfera interna do indivíduo, resulta na dignidade da pessoa, figura do cidadão, igualdade e tolerância com o diferente, e consagra a limitação de que o Estado não intervenha no âmbito da vida pessoal do sujeito.

O princípio também guarda estrita ligação com a legalidade, tal ligação assegura que a ação esteja predeterminada e a certeza da taxatividade das proibições. Ferrajoli ensina que “a materialidade da ação é o coração do garantismo penal, que dá valor político e consistência lógica e jurídica a grande parte das demais garantias<sup>46</sup>”, é, portanto, um comando de justificação externa.

O princípio, que consagra o coração do garantismo, é atacado na medida em que o Direito Penal deixa de lado a exterioridade da ação e fundamenta a sua intervenção em um Direito Penal subjetivista e correccional. Permite, assim, a desvalorização finalista da ação e o Direito Penal de polícia e de emergência.

### **3.6 *Nulla actio sine culpa***

Trata do princípio jurídico axiológico da culpabilidade, segundo o qual “nenhum fato ou comportamento humano é valorado como ação se não é fruto de uma decisão<sup>47</sup>”. É, dessa forma, o elemento subjetivo do delito, que supera ordenamentos primitivos como o grego e o hebreu<sup>48</sup>.

Castigar a maldade interna vai de encontro à culpabilidade e expressa uma confusão entre direito e razão. Em sua acepção jurídica (interna), a culpabilidade carrega três elementos: a personalidade, a imputabilidade e a intencionalidade. O primeiro significa a relação de causalidade entre a ação e o resultado do delito. O segundo designa a capacidade de entendimento e de querer. O terceiro diz respeito ao dolo e a culpa.

Em sua acepção política (externa) compreende quatro elementos. O primeiro deles, a reprovação da ação como justificante da proibição e punição, trata-se de uma

---

<sup>46</sup> Ibidem, 387.

<sup>47</sup> Ibidem, p. 390.

<sup>48</sup> No direito grego primitivo, a punição dispensa a voluntariedade e pode alcançar parentes e pessoas próximas ao autor. O mesmo ocorria no direito hebreu, que não fazia distinção entre delitos intencionais e acidentais e previa penas para o réu, seus filhos e descendentes até a sétima geração Ibidem, p. 390.

condição insuficiente, porém necessária. O segundo, a função utilitarista da prevenção geral negativa, própria do Direito Penal, o que fundamenta que os fatos não culpáveis sejam inexigíveis. O terceiro consolida o autocontrole humano, o futuro depende das decisões tomadas por ele. O quarto, somente as ações culpáveis são logicamente proibíveis.

Ferrajoli também explicita a diferença entre o determinismo e o livre arbítrio e sua influência no princípio da culpabilidade, um e outro, apesar de opostos, contribuem concomitantemente com a desvalorização do elemento material da ação. Enquanto o determinismo nas suas mais variadas formas orienta o Direito Penal objetivo puro, o livre arbítrio, enquanto vontade emancipada da materialidade da ação, conduz ao Direito Penal subjetivo puro, no primeiro caso há resultado sem culpa, no segundo caso há culpa sem resultado<sup>49</sup>.

Assim, o garantismo apregoa a necessidade de fórmulas legais rigorosas e taxativas, a fim de reduzir o espaço deixado pelas diferentes concepções e graus da culpabilidade, que fundamentam desde as causas atenuantes e agravantes até às excludentes subjetivas do delito (excluem a culpabilidade).

### **3.7 *Nulla culpa sine iudicio***

O sétimo axioma diz respeito ao princípio da jurisdiccionariedade, o primeiro princípio axiológico fundamental processual, que surge pela primeira vez na Magna Carta inglesa de 1215 e pode ser compreendido no sentido lato ou no sentido estrito. Ocupa-se da garantia que funciona como base das demais, em seu sentido lato é a exigência do conjunto das garantias penais ou substanciais, em seu sentido estrito é a exigência do conjunto das garantias processuais ou instrumentais<sup>50</sup>. Enquanto o primeiro é possível em qualquer sistema, seja ele acusatório ou inquisitório, o segundo depreende o sistema acusatório.

Além disso, a jurisdiccionariedade pode ser compreendida em seus aspectos teórico e teleológico. No primeiro aspecto significa a submissão jurisdicional enquanto condição da prova (sentido estrito da jurisdiccionariedade) o que pressupõe as garantias da materialidade, ofensividade, culpabilidade e submissão à jurisdição (sentido lato da jurisdiccionariedade).

---

<sup>49</sup> Ibidem, p. 395.

<sup>50</sup> Ibidem, p. 432.

No segundo aspecto significa a complementariedade entre legalidade e jurisdição, de modo a satisfazer à função utilitária da prevenção geral (função intimidatória) e submeter os delitos a uma jurisdição determinada, afastando vinganças e penas privadas<sup>51</sup>.

O princípio e traz consigo três garantias correlatas, o *habeas corpus*, a reserva de jurisdição e a presunção de inocência. As garantias processuais ou instrumentais (sentido estrito da jurisdicionariedade) podem ser compreendidas em outras duas divisões, a primeira delas se refere ao juiz (orgânicas) e assegura à independência, imparcialidade, responsabilidade, separação entre juiz e acusação, juiz natural, a obrigatoriedade da ação penal, etc. e a segunda se refere ao juízo (procedimentais) e assegura à coleta de prova, contestação de uma acusação, o ônus da prova, o contraditório, a modalidade dos interrogatórios e dos outros atos instrutórios, a publicidade, a oralidade, os direitos da defesa, a motivação dos atos judiciais, etc<sup>52</sup>.

Desta forma, nos seus sentidos lato e estrito, a jurisdicionariedade compreende garantias penais e processuais fundamentais de um modelo garantista de processo.

### **3.8 *Nullum iudicium sine accusatione***

O segundo princípio axiológico fundamental processual consagra o princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação e assevera a garantia de presunção de inocência (compete à acusação o ônus probatório acerca do delito imputado) e a não derrogação (supressão) do juízo quando provocado<sup>53</sup>, que assegura a eficácia da garantia de jurisdição, no sentido de que esta não será substituída por outro instrumento senão o da exclusividade de jurisdição penal, o que garante o acesso de todos ao poder jurisdicional.

Este último, ligado à legalidade, comporta dois sentidos, o primeiro de que o magistrado não pode furtar-se da função de julgar e o segundo de que o julgamento não pode ser substituído por outra atividade de cognição senão o próprio monopólio judicial. O primeiro sentido pressupõe à separação das funções de acusar e julgar, o segundo pressupõe os procedimentos a serem realizados no processo penal.

Importante ressaltar que a não derrogação do juízo não significa a inflação da justiça penal e não pressupõe que nenhum delito fique sem julgamento e pena, ainda

---

<sup>51</sup> Ibidem, p. 433.

<sup>52</sup> Ibidem, loc. cit.

<sup>53</sup> Previsto no artigo 7º da *Bill of Rights* de 1689.

que seguido do princípio da obrigatoriedade da ação penal. Com efeito, no que se refere às transgressões minúsculas, não seria razoável a utilização do Direito Penal e do processo penal como instrumento exclusivo e exaustivo de toda infração da ordem social<sup>54</sup>.

O princípio acusatório, ou da separação entre juiz e acusação, também consolida premissas indispensáveis na dicotomia<sup>55</sup> entre sistema acusatório e sistema inquisitório

Pode-se chamar acusatório todo sistema processual que tem o juiz como um sujeito passivo rigidamente separado das partes e o julgamento como um debate paritário, iniciado pela acusação, à qual compete o ônus da prova, desenvolvida com a defesa mediante um contraditório público e oral e solucionado pelo juiz, com base em sua livre convicção. Inversamente, chamarei inquisitório todo sistema processual em que o juiz procede de ofício à procura, à colheita e à avaliação das provas, produzindo um julgamento após uma instrução escrita e secreta, na qual são excluídos ou limitados o contraditório e os direitos da defesa<sup>56</sup>.

A separação entre juiz e acusação é o mais importante elemento que constitui o processo acusatório, trata-se da primeira garantia orgânica do modelo de sistema de garantias – SG e que garante, além da separação das funções de acusar e julgar, a paridade entre as partes e, assim, compreende o distanciamento do juiz com relação a elas e o ônus da prova para a acusação.

### 3.9 *Nulla accusatio sine probatione*

O nono axioma consolida o princípio do ônus da prova ou da verificação, o qual assegura que compete à acusação o ônus probatório acerca do delito imputado e à defesa é assegurada a refutação daquela. O sistema acusatório também será caracterizado na medida em que desenvolva “as garantias processuais em matéria de prova e de defesa que permitam sua verificação e falsificação<sup>57</sup>”. Assim, o processo penal é uma ferramenta necessária para a verificação jurisdicional da ocorrência de um delito e sua autoria.

O ônus acusatório é, portanto, corolário da presunção de inocência, posto que “sendo a inocência assistida pelo postulado de sua presunção até prova em contrário,

<sup>54</sup> O que Ferrajoli chama de ilusão panjudicialista. *Ibidem*, p. 451.

<sup>55</sup> Dessa dicotomia surge o processo misto, advindo do Código francês napoleônico de 1808 e que ainda em tempos atuais seus resquícios não foram integralmente superados.

<sup>56</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 452.

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 484.

é essa prova contrária que deve ser fornecida por quem a nega formulando a acusação<sup>58</sup>. O penúltimo axioma exige, com isso, a prova adequada ou convincente para que se chegue até a condenação.

A garantia da prova e sua refutação consolida a relação trigonal do contraditório, do ônus da prova e do direito de defesa, da qual deriva outras quatro garantias: a publicidade, a oralidade, a legalidade (que assegura um rito legalmente preestabelecido) e a motivação.

### **3.10 *Nulla probatio sine defensione***

O último axioma trata do princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade, que decorre do princípio do ônus da prova a cargo da acusação e comporta para o imputado o direito de defesa. Trata-se da principal condição epistemológica da prova, na qual “nenhuma prova seja adequada sem que sejam infrutíferas todas as possíveis negações e contraprovas<sup>59</sup>” e consolida, assim, o processo como disputa ou controvérsia.

O acusado será assistido por um defensor, desinteressado de qualquer poder sobre o imputado e este defensor competirá com a acusação (Ministério Público nas ações penais públicas), daí decorre o direito de defesa técnica obrigatória do acusado, defesa que, não podendo o acusado pagar, será incumbência do Estado o seu fornecimento gratuito.

A justificação da defesa técnica decorre de uma *esigenza di equilibrio funzionale* entre defesa e acusação e também de uma acertada presunção de hipossuficiência do sujeito passivo, de que ele não tem conhecimentos necessários e suficientes para resistir à pretensão estatal, em igualdade de condições técnicas com o acusador<sup>60</sup>.

Desta forma, não se trata do mero exercício de defesa, mas da efetiva garantia de que cada faculdade processual da acusação corresponda também a uma faculdade processual da defesa.

---

<sup>58</sup> Ibidem, p. 488.

<sup>59</sup> Ibidem, p. 490.

<sup>60</sup> LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 17<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 148.

## TÍTULO II: Da previsão legitimadora à crítica garantista da pena

### 4. PENA E GARANTISMO

Conforme visto, cada uma das teorias da pena tem suas raízes filosóficas e políticas. Ferrajoli ensina que tais teorias se encontram sobretudo no campo da legitimação externa, política ou metajurídica do Direito Penal, conquanto tenha sido positivada como forma de legitimação interna ou jurídica do Direito. O ser (direito positivo como fato) e o dever ser (direito ideal como valor) não se confundem, validade e positivismo do Direito são, assim, coisas distintas.

Os Estados constitucionais modernos são marcados por um conjunto de princípios normativos fundamentais consolidados pelas doutrinas jusnaturalistas dos séculos XVII e XVIII. Tais princípios normativos fundamentais limitam o poder na medida em que expressam os direitos sociais, materiais e indisponíveis que possuem como destinatário o próprio legislador e poder público de forma geral.

O processo de positivação ou, nas palavras de Ferrajoli, juridificação<sup>61</sup> do direito natural, provocou uma aproximação ou confusão entre legitimação interna e externa, a dicotomia entre lei positiva e lei natural é de certa forma superada na medida em que se aloca em ordenamentos jurídicos positivos e configura-se como antinomia nos níveis normativos, entre a Constituição e a lei, lei e jurisdição, lei e as atividades administrativas, executivas e de polícia.

Haverá, assim, uma mudança de paradigma, não mais do ser e dever ser do Direito, expressados pela velha dicotomia lei positiva *versus* lei natural, mas desenvolvida em uma diferença de ser e dever ser no próprio Direito, posto que o “direito natural foi colocado como fundamento do moderno Estado de direito e assim que seus princípios de vínculos apenas políticos ou externos passaram a ser também jurídicos ou internos<sup>62</sup>”.

Dito isso, essa diferença do ser e dever ser no direito alcançará à análise entre fato e direito, o fato expressado pelas atividades executivas e o direito expressado pelas atividades normativas. O Direito possui, assim, uma estrutura complexa, onde a vigência e a validade de uma norma não se confundem.

Ferrajoli chama de vigência a validade apenas formal das normas e chama de validade às normas que atendem a validade também material (em seus significados e

---

<sup>61</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 288.

<sup>62</sup> FERRAJOLI, Luigi, op. cit., loc. cit.

conteúdos normativos), de onde passa a extrair a divisão entre legitimidade jurídica ou interna e legitimidade política ou externa. Para ele, o ponto crucial do problema da legitimação interna (da validade) reside em uma questão de teoria do direito, enquanto que o problema da justificação externa (da justiça) reside em uma questão de filosofia da justiça.

Estados modernos de direito, diferentemente de Estados Absolutistas (onde o direito positivo se presta a desembocar respostas meramente formais acerca de quando e como proibir), vinculam a validade das leis à condição substancial. Dessarte, a produção normativa será dotada de uma complexidade estrutural na qual estará limitada na sua validade pela observância de conteúdo, precipuamente os direitos fundamentais.

Isso significa dizer que, será possível verificar uma norma vigente por observar as formalidades legais e a um só tempo inválida por inobservar as condições substanciais. Trata-se da necessidade de atendimento não apenas à mera legalidade, mas também à estrita legalidade que condicionará a atuação do legislador ao respeito das garantias constitucionais e fundamentais enquanto condição inexorável da legalidade penal no processo legislativo (limitação substancial, conforme visto no capítulo 3.2).

O jurista italiano explica que a limitação substancial é inerente ao Estado de direito e esse não se confunde com um mero “Estado jurídico”, ideias como a de Bentham, da não limitação jurídica do poder soberano, levam ao modelo paleopositivista rechaçado pelo garantismo.

Partindo dessas considerações é possível notar certas falácias, que se prestam a encobrir a ilegitimidade jurídica dos ordenamentos positivos, sendo que no Estado constitucional de direito, sistema normativo que incorpora o dever ser na forma de garantias jurídicas<sup>63</sup>, é inadmissível a confusão entre a validade e a vigência de uma norma.

A análise da pena, do delito e do processo penal pode ser verificada na análise de quando e como punir (pena), quando e como proibir (delito) e quando e como julgar (processo penal). Nesse sentido a legitimação interna (jurídica) e externa (ético-política) possuem uma relação de complementariedade entre si.

A relação entre o plano da legitimação interna e o da legitimação externa é, portanto, uma relação de complementariedade, na medida em que um se

---

<sup>63</sup> Ibidem, p. 292.

amplia na proporção em que o outro se restringe. Mais precisamente, a técnica de legitimação interna própria do direito penal consiste em vinculações ou imperativos negativos que prescrevem ao legislador e/ou ao juiz quando e como não punir, não proibir, não julgar, tais como os princípios relativos à inviolabilidade de certos direitos e liberdades fundamentais, a igualdade dos cidadãos e o respeito à pessoa, e, por outro lado, todos os formulados no nosso sistema garantista SG, que excluem a pena na ausência das condições requeridas por ele<sup>64</sup>.

As limitações constituem garantias, quanto mais vinculada uma lei se encontra, menor será o grau de discricionariedade dos órgãos normativos, razão porque as leis serão mais vinculantes quando mais vinculadas estejam. Por outro lado, quando menos vinculada uma lei se encontre, maior será o grau de discricionariedade dos órgãos normativos, razão porque as leis serão menos vinculantes quando menos vinculadas estejam.

Tais vinculações são chamadas de imperativos penais negativos (que serão chamadas de incorporação limitativa), sendo que haverá igualmente um maior grau discricionário na medida em que as normas superiores prescreverem imperativos penais positivos (termos genéricos e valorativos, que serão chamados de incorporação potestativa) a serem valorados discricionariamente por órgãos de nível normativo inferior, tal como ocorre nas normas que dispõem sobre fidelidade às autoridades do Estado, normas penais em branco contra o inimigo, pressupostos de pena a serem valorados (ser perigoso, imoral, anormal, obsceno).

Esses últimos tipos de normas carregam consigo lacunas a serem preenchidas arbitrariamente por valorações extralegais, que são próprias de Estados mais autoritários e de um modelo substancialista e máximo de Direito Penal.

Essa divergência estrutural é o principal objeto de investigação da teoria garantista e analítica do Direito Penal e, aliado aos graus de justiça interna (legal) e externa (valores políticos externos), permitirão a análise da legitimação e deslegitimação de quando e como punir (pena), quando e como proibir (delito) e quando e como julgar (processo penal), sendo a pena o foco principal do presente estudo.

#### **4.1 Quando punir**

A questão inerente a quando punir é trabalhada pelo garantismo no axioma A1 *nulla poena sine crimine* o qual expressa o princípio da retributividade das penas ou

---

<sup>64</sup> Ibidem, p. 293.

da consequencialidade da pena em relação ao delito que, aliado à legalidade estrita, terá a pena como a consequência do delito taxativamente previsto em lei, onde as condições formais e substanciais se complementam, configurando dessa forma um nexo normativo biunívoco, conforme visto no capítulo 3.1.

A pena é, dessa forma, uma sanção *post delictum* que satisfaz a sua função dissuasória e disciplinatória, pelo critério de distribuição e aplicação da pena. Se trata de uma consequência pelo fato, de uma relação de causalidade jurídica entre o fato e sua consequência, é assim o nexo entre pena e crime e daí o nome consequencialidade da pena, de forma que não deve confundir-se com a figura do autor.

O princípio (expressado no axioma A1) impõe uma barreira ao Direito penal do autor, de modo que, para punir será necessário a condição formal do fato definido como crime (acepção formalista descritiva de legitimação interna que define quando punir) aliado à condição extrajurídica (acepção substancialista prescritiva/axiológica de legitimação externa que define o quando proibir).

Haverá uma estrutura lógica de garantias, sendo o delito uma condição normativa para a aplicação da pena, além das condições subsequentes, que são as garantias penais e processuais penais, sobretudo a averiguação em cada caso da incidência de alguma excludente.

Essa garantia do caráter retributivo da pena assegura a sanção pelo o que se fez (pelo fato antijurídico) e não pelo o que se é (figura do autor). A garantia também exclui finalidades preventivas ou utilitaristas que ultrapassem o porque punir, como fim da pena, e alcancem o critério de aplicação da pena, onde se punem pelo o que se é.

Apesar da exclusão da possibilidade de utilização da finalidade preventiva ou utilitarista como critério de aplicação da pena pelo axioma *nulla poena sine crimine*, ainda assim essa ideia utilitarista vem sendo empregada. Esse emprego sem o rigor do princípio da retribuição abre espaço para um sistema de medidas punitivas *ante delictum* ou *extra delictum*, em que a sanção é aplicada não como consequência do fato, mas como forma de medida de defesa e controle social, como medida preventiva em face da figura do autor.

Isso materializa a crise da primeira e fundamental garantia do Direito Penal – princípio da retributividade, posto que esse amplo sistema de medidas preventivas aplicará medidas de defesa social, custódia cautelar, medidas de segurança, de

prevenção, cautelares de polícia judiciária, cautelares de ordem pública, dentre outras que integrarão um subsistema penal de polícia.

Ferrajoli chama de medidas de polícia as sanções ou medidas restritivas da liberdade ou outros direitos fundamentais diversas da pena<sup>65</sup>. Segundo o autor, o encarceramento preventivo é traçado por perfis de ilegitimidade, de onde exsurge uma crise na jurisdição e no cárcere preventivo.

#### **4.2 Crise da jurisdição e do cárcere preventivo**

Luigi Ferrajoli se opõe ao cárcere preventivo, posto que contraria a presunção de inocência e as garantias de liberdade do imputado, a prisão preventiva nesse sentido configuraria uma aporia teórica, aduz o autor.

Para ele, a liberdade do acusado durante o processo se faz necessária para resguardar não apenas a presunção do seu estado de inocência, mas também para assegurar a igualdade com a acusação no jogo processual. Ainda fala sobre a condução coercitiva, por ele admitida nas hipóteses de crimes mais graves fundamentada em exigências instrutórias motivadas, onde havendo provas de culpabilidade não se deve procrastinar o julgamento e, inversamente, não havendo tais provas o imputado tem o “direito de não ser sequestrado no decorrer do processo e de se defender de modo mais livre sua presunção de inocência”<sup>66</sup>.

Para sanar essa crise na jurisdição é necessária a abolição da prisão preventiva e redução nos prazos do processo, a fim de atingir maior celeridade processual penal e conseqüentemente resgatar a legitimação do judiciário e o papel de garantidores dos direitos fundamentais dos cidadãos aos juízes.

“Da redução dos prazos do processo, seguiria um aumento seguro da eficiência judicial. Mas, sobretudo, resultaria fortalecida a confiança na magistratura e restaurada a certeza do direito<sup>67</sup>”. À vista disso, ele ainda ensina que a pena pode igualmente ser menos severa quanto mais rápida e infalível for a sua aplicação.

Nada obstante, não é esse o cenário contemporâneo. Na atualidade ao invés de celeridade em que a liberdade impere enquanto regra, o que se vislumbra é o

---

<sup>65</sup> Ibidem, p. 618.

<sup>66</sup> Ibidem, p. 449.

<sup>67</sup> FERRAJOLI, Luigi, op. cit., loc. cit.

grande número de prisões preventivas, “a infalibilidade e a presteza das penas foram substituídas pela imediação e pela infalibilidade da prisão preventiva”<sup>68</sup>.

A prisão preventiva é em grande parte fundamentada por um clamor social de “fazer justiça”, associando a finalidade repressiva da pena à prisão preventiva. Contudo, a “história dos processos e das penas - Pensemos sobre a inquisição, os suplícios, as picotas, a tortura judicial - tem sido muito mais cruel e infame para a humanidade do que toda a história do crime<sup>69</sup>”, é preciso resgatar na memória que o clamor por essa figura de bode expiatório “é justamente uma daquelas contra a qual nasceu aquele delicado mecanismo que é o processo penal”<sup>70</sup>.

O processo penal serve, portanto, não para proteger a maioria, “mas sim para proteger, ainda que contra a maioria, aqueles cidadãos individualizados que, não obstante suspeitos, não podem ser ditos culpados sem provas<sup>71</sup>”, enfatiza Ferrajoli.

Assim, apesar das diversas culturas de justiça, é preciso compreender que a conquista da civilidade expressada pela presunção da inocência opera a necessidade de abolição das prisões preventivas.

### 4.3 Como punir

O como punir é trabalhado pelo terceiro axioma *nulla lex (poenalis) sine necessitate*, reflete o princípio da necessidade e da humanidade das penas trabalhado no capítulo 3.3, onde a pena deve ser estritamente e evidentemente necessária.

O problema de como punir deve ser observado sob dois aspectos, o da qualidade e o da quantidade de pena, de onde se extrai um modelo de pena mínima necessária como alternativa às penas privativas de liberdade e às pecuniárias. Para além do princípio da necessidade, se desenvolve conjuntamente o princípio da dignidade da pessoa, ambos são, assim, complemento um do outro.

Para o garantismo, três pilares devem estar presentes para satisfazer a necessidade e dignidade das penas: igualdade, legalidade e o caráter apenas privativo da pena.

Disso segue-se, em primeiro lugar, a ilegitimidade de qualquer forma de diferenciação na execução penal; em segundo lugar, a inadmissibilidade de qualquer forma de flexibilidade ou de incerteza na duração da pena; e, em

---

<sup>68</sup> FERRAJOLI, Luigi, op. cit., loc. cit.

<sup>69</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y dolor**. In: Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho. 2007. p. 197.

<sup>70</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 450.

<sup>71</sup> FERRAJOLI, Luigi, op. cit., loc. cit.

terceiro lugar, a intolerabilidade de qualquer atividade pedagógica ou corretiva na expiação da pena. Tanto a diferenciação quanto o tratamento reeducativo e a discricionariedade administrativa na determinação da qualidade e da duração da privação de liberdade contradizem, efetivamente, não só os princípios de retributividade, legalidade e jurisdicionabilidade, senão também os de necessidade e humanidade das penas, resolvendo-se em tratamentos desiguais não justificados pela diversidade do delito e, por conseguinte, lesivos para a liberdade interior e a dignidade pessoal do réu, pela sua pretensão de transformar a pessoa.

Dessa forma, não pretende, tampouco defende, a ideia de finalidades de emenda ou disciplinatória da pena, mas requer que a pena não deseduque, não corrompa, “não pretenda fazer o réu melhor, mas que tampouco o torne pior<sup>72</sup>” e para isso a prisão deve manter condições de vida humana e menos aflitivas possíveis, mantendo atividades coletivas recreativas e culturais, o trabalho facultativo, espaços de liberdade e sociabilidade, abertura da prisão para colóquios, encontros conjugais, e permissões atribuídos a todos por direitos iguais, que sejam, assim, assegurados os direitos fundamentais da pessoa<sup>73</sup>.

A pena, ademais, deve ser proporcional ao ilícito penal, de onde se concebe o princípio da proporcionalidade, corolário dos princípios da legalidade e de retributividade. A proporcionalidade é possível a partir do iluminismo, é a partir de então que nasce a preocupação com a mensurabilidade e cálculo da pena. Tal mensurabilidade só é praticável com o advento das penas privativas de liberdade e pecuniária e, no que tange às penas corporais e capitais essa quantificação não era possível em função da sua indivisibilidade.

Alguns problemas devem ser apontados, ocorre que a proporcionalidade por si só não carrega nenhum critério objetivo para ponderação, seus critérios são baseados em valorações exclusivamente ético-políticas (externas), de onde surge o problema da justificação do tipo, que se subdividirá em três questões, a predeterminação, a determinação e a pós-determinação.

#### **4.3.1 O problema da predeterminação legal da pena pelo legislador**

Quanto à predeterminação legal da pena pelo legislador, Ferrajoli critica a escassez de estudos sobre a ciência da legislação. Há dois parâmetros de valoração, a gravidade e a culpabilidade, o autor chama de ingênua a crença no correto cálculo

---

<sup>72</sup> Ibidem. p. 319.

<sup>73</sup> FERRAJOLI, Luigi, op. cit., loc. cit.

das penas e nesse sentido explica a complexidade do problema de quantificação, que se perfaz pelo fato de ser um processo especialmente subjetivista.

Ferrajoli admite a possibilidade de o utilitarismo penal oferecer alguns parâmetros de limites mínimos e máximos da pena com relação ao delito.

No que se refere ao limite mínimo, a indicação de maior relevo é aquela desenvolvida por Hobbes e acolhida por Pufendorf e Bentham - conforme a qual a vantagem do delito não deve superar a desvantagem da pena: se não fosse assim, efetivamente, a pena seria muito mais um tributo, e não cumpriria nenhuma função dissuasória<sup>74</sup>.

No que tange às penas pecuniárias, a pena abaixo de um limite mínimo se transformaria em tributo, no que tange às penas privativas de liberdade, a valoração do seu custo é uma tarefa complexa, porque “mesmo uma pena breve pode causar, ainda que seja somente pelo seu caráter desonroso, uma aflição superior à vantagem proporcionada inclusive pelos delitos não leves<sup>75</sup>”.

Sobre esse ponto é interessante pensar nos equivalentes funcionais da pena apresentados por Jesús-María Silva Sánchez, abordados no capítulo 9.3, segundo os quais em determinadas circunstâncias o caráter desonroso por si só é capaz de causar uma aflição que dispensa a execução da pena atribuída.

Ainda que o efeito da pena dependa de um mal maior do que a vantagem do delito, o limite mínimo não carrega um juízo objetivo de quantificação. Diante dessa questão, o garantismo admite a valoração do *quantum* mínimo da pena privativa de liberdade pelo magistrado, não havendo razão para a estipulação de um limite mínimo pelo legislador, pelo o que “seria oportuno confiar ao poder equitativo do juiz a eleição da pena abaixo do máximo estabelecido pela lei, sem vinculá-lo a um limite mínimo ou vinculando-o a um limite mínimo bastante baixo<sup>76</sup>”.

O critério para quantificação da pena privativa de liberdade chega a ser tão complexo que se torna um paralogismo, uma contradição em termos, ao requerer que o mal da pena exceda o bem do delito e a um só tempo entender que tudo que excede o mínimo é tirânico. A tarefa torna-se ainda mais difícil em crimes culposos, a título de exemplo, crimes de trânsito com resultado morte. Nesses casos, é difícil a aplicação do critério supra por em razão da sua insuficiência.

---

<sup>74</sup> Ibidem. p. 321.

<sup>75</sup> FERRAJOLI, Luigi, op. cit., loc. cit.

<sup>76</sup> FERRAJOLI, Luigi, op. cit., loc. cit.

Fato é que um critério deve ser considerado: o de que “a pena não deve superar a violência informal que na sua ausência sofreria o réu pela parte ofendida ou por outras forças mais ou menos organizadas<sup>77</sup>”, nesse sentido o garantismo defende veemente a pena como forma de evitar a justiça privada.

As críticas do garantismo voltadas as espécies de pena, em especial as penas pecuniárias, bem como voltadas ao *quantum* de pena privativa de liberdade (sugere o limite máximo de dez anos conforme se verá adiante) e ainda as críticas no que diz respeito a pena carcerária não se confundem com o fato de que o garantismo é a favor da pena por sua indispensabilidade no Direito Penal (não há Direito Penal sem pena).

Há duas espécies de pena que carecem de qualquer justificação externa: a prisão perpétua e a pena pecuniária. Tais espécies de pena contrariam a proporcionalidade e a igualdade das penas, a prisão perpetua terá uma duração maior para os mais jovens e o grau de aflição das penas pecuniárias será maior ou menor a depender da condição econômica do réu, não havendo dessa forma como se falar em respeito à proporcionalidade e sequer à igualdade.

#### **4.3.2 O problema da determinação judicial da pena pelo juiz**

Não obstante os problemas inerentes a predeterminação da pena pelo legislador, ainda há de se falar nos problemas voltados à determinação da pena pelo juiz que se perfazem especialmente quanto maior for o grau de discricionariedade da função judicial.

Conforme já exemplificado no capítulo dois, antes do principio da estrita legalidade era amplo o grau de discricionariedade judicial, o que pouco limita o *ius puniendi* estatal e possibilita punir quem interesse da forma como convém.

Foi justamente em face das penas arbitrárias que se consolidou a principal inspiração da reforma iluminista, nesse sentido Beccaria aduz que “não se pode duvidar que no espirito daquele que medita um crime, o conhecimento e a certeza das penas ponham freio à eloquência das paixões<sup>78</sup>”.

De outro lado o garantismo chama de equívoco a supressão de toda a discricionariedade na valoração da gravidade do delito e pena correspondente. Há dois problemas a serem enfrentados, a extensão do poder judicial de enquadramento

---

<sup>77</sup> Ibidem, p. 322.

<sup>78</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2ª ed. Leme: CL Edjur, 2012. p. 23.

e a natureza das circunstâncias relevantes para valoração da gravidade do delito e determinação da pena.

Acerca da extensão do poder judicial de enquadramento, a determinação da quantidade da pena é compatível com a estrita legalidade, a determinação de sua qualidade, contudo, é contrária a esse princípio e contraria igualmente o princípio da jurisdicionariedade, dado que “se duas hipóteses de delito têm igual enquadramento legal e diversa conotação judicial, a única forma de respeitar a sua igualdade e, ao mesmo tempo, a sua diferença é que tenham penas iguais quanto ao tipo e diversas quanto à medida<sup>79</sup>”.

É possível, então, penas iguais no que tange ao tipo, mas diversas quanto a sua medida, não é possível, contudo, penas de distinta qualidade para o mesmo delito, como penas privativas de liberdade e penas pecuniárias. Esse problema se tornaria superado se as penas pecuniárias fossem extintas, conforme propõe o garantismo penal de Ferrajoli.

Quanto à natureza das circunstâncias relevantes para valoração da gravidade do delito e determinação da pena o problema reside em apresentar quais são os critérios pragmáticos que o juiz deve seguir na decisão acerca da qualidade e quantidade da pena.

Indicações são úteis, mas não exaustivos, para a orientação do juiz acerca dos elementos a serem levados em consideração, tal como ocorre com o artigo 133 do Código Penal italiano<sup>80</sup> e igualmente com o artigo 59 do Código Penal brasileiro. Haverá duas ordens de indicações, uma sobre o método, no qual as conotações não sejam vagas, mas inspiradas em valores constitucionais e pelo *favor rei*, assim “o juízo deve ser tão avalorativo na denotação como valorativo na conotação; tão imparcial e exclusivamente vinculado à lei e às provas na verificação, como abertamente inspirado nos valores constitucionais na interpretação<sup>81</sup>”.

Outra incidirá sobre o conteúdo, que não deve ultrapassar o fato em julgamento, limitando-se a ele. Isso significa que o magistrado não deve considerar matérias de prevenção ou de defesa social, “dentro de um sistema garantista a função judicial não pode ter outros fins que não a justiça do caso concreto<sup>82</sup>”, a consideração

---

<sup>79</sup> FERRAJOLI, Luigi, op. cit. p. 325.

<sup>80</sup> Ibidem, loc. cit.

<sup>81</sup> Ibidem, p. 326.

<sup>82</sup> Ibidem, loc. cit.

que o magistrado deverá levar é que “quanto maior seja a pena, tanto mais se consolidará a exclusão do condenado da sociedade e se reforçará sua identidade desviada<sup>83</sup>”, consideração a ser levada em conta não somente pelo magistrado, mas também pelo legislador.

#### **4.3.3 O problema da pós-determinação da pena na fase executiva**

Ferrajoli aponta um terceiro problema, o da pós-determinação da pena na fase executiva que exsurge quando ocorre a mutação da pena no curso da execução e critica a duplicidade da pena cindida na função exemplar quando do momento da condenação e da função disciplinatória quando do momento da execução e explica que essas funções, exemplar e de correção, são incompatíveis com o modelo garantista de Direito Penal.

O autor se opõe a flexibilidade das penas, que tendem a, na verdade, reduzir a pessoa a coisa, tende a comprometer o homem pela pena que lhe é incerta, o colocando nas mãos de outrem, assim “todo o ser do detido encontra-se comprometido pela pena: uma vez encarcerado, não tem uma pena certa a cumprir, senão um amanhã incerto que deverá conquistar dia-a-dia com seus carcereiros<sup>84</sup>”.

Igualmente critica a atividade do juiz em medir a ausência de periculosidade, a boa conduta, o arrependimento do homem no curso da execução da sua pena, trata-se de uma atividade não jurisdicional, senão administrativa por sua própria natureza e por isso extrapola as competências do magistrado.

Ademais, a pena deve ser certa a fim de dissuadir o homem da conduta delituosa, em outras palavras, a certeza da pena é muito mais efetiva do que a quantidade dela. É a certeza da punição que inibe o sujeito do cometimento de determinado crime e não a quantidade ou severidade de pena, o iminente autor do ilícito vê na possibilidade de ficar impune uma oportunidade.

Um programa de minimização do direito penal exige, ao contrário, a determinação da pena mínima necessária em sede legislativa e jurisdicional: e, por isso, como diremos no próximo item, a supressão da prisão perpétua, a redução das demais penas privativas de liberdade com vistas a sua progressiva superação, a transformação em direitos de todos os benefícios do tratamento concedidos hoje como prêmios (permissões, licenças, comunicações etc.) e, sobretudo, a previsão das atuais medidas alternativas como penas diretamente atribuíveis quando da condenação: por exemplo, a liberdade vigiada, as prisões domiciliares ou a semiliberdade, que poderiam se impor como penas exclusivas para os delitos mais leves, e como penas

---

<sup>83</sup> Ibidem, loc. cit.

<sup>84</sup> Ibidem, p. 328.

acessórias, após um breve período de pena privativa de liberdade, para os delitos mais graves. É parte integrante e essencial desse programa de minimização a garantia de certeza da duração da pena, que é em si mesma um fator de mitigação da execução penal. Sobretudo porque dela depende a liberdade interior do condenado frente ao arbítrio, que é um elemento essencial do bem-estar, bem como a dignidade pessoal do condenado. Em segundo lugar, porque uma pena certa e infalível tem, sem dúvida, mais eficácia dissuasória do que uma pena incerta e, portanto, pode ser bem mais benigna: "Um dos maiores freios dos delitos", escreveu Beccaria, não é a crueldade das penas, senão a infalibilidade delas... A certeza da punição, ainda que moderada, terá sempre maior impacto do que o temor de outra mais terrível, associada à esperança da impunidade<sup>85</sup>.

Nesse sentido, a pena certa e infalível faz parte de um modelo de minimização do Direito Penal, que inadmitte medidas alternativas e prêmios incertos que dependam do comportamento que melhor agrade o carcerário ou o próprio juiz da execução. Essa maior rigidez consolida um modelo de Direito Penal mínimo, cognitivo e garantista em contramão a modelos decisionistas e inquisitoriais.

#### **4.4 Modelo normativo de pena**

Para o garantismo, as penas alternativas deveriam ser autônomas. Falar em medidas e sanções alternativas é apenas mais uma forma de satisfazer um efeito corretivo em um espaço amplo de discricionariedade judicial e também executiva.

Assim, a natureza da pena deve ser repensada, a fim de reduzir a curto prazo o tempo de duração das penas privativas de liberdade, com vistas a extirpar tal espécie de pena a longo prazo, o que não se confunde, no entanto, com a abolição da pena.

As penas privativas de liberdade acabam por alcançar não apenas a privação da liberdade em si, mas aflições de plano físico e psíquico, o que retira da pena qualquer igualdade, legalidade e jurisdicionariedade.

Quanto a aflição física, ela pode ser visualizada nas formas de tratamento, diversas das penas corporais tão somente por não estarem concentradas no tempo, mas que se dilatam ao longo da duração da pena<sup>86</sup>. Quanto à aflição psíquica,

“a solidão, o isolamento, a sujeição disciplinária, a perda da sociabilidade e da afetividade e, por conseguinte, da identidade, além da aflição específica que se associa à pretensão reeducativa e em geral a qualquer tratamento dirigido a vergar e a transformar a pessoa do preso<sup>87</sup>.”

---

<sup>85</sup> Ibidem, p. 329.

<sup>86</sup> Ibidem, p. 331.

<sup>87</sup> Ibidem, loc. cit.

No contexto das prisões está a atipicidade e a imprevisibilidade dos conteúdos da pena privativa de liberdade, confiados à discricionariedade e que varia conforme o tipo de preso e o estabelecimento prisional, o que faz da prisão uma instituição antiliberal, desigual, atípica, extralegal e extrajudicial.

O garantismo propõe que seja estabelecido um limite máximo de dez anos às penas privativas de liberdade, com vistas a redução deste limite e supressão desse tipo de pena ao longo do tempo, de forma a tornar a reclusão menos alienante e mais tolerável. Esse limite deveria ser sancionado por uma norma constitucional, a fim de alcançar maior segurança jurídica e menor grau de discricionariedade judicial.

Quanto à previsão desse limite em norma constitucional, interessa pontuar que, o juiz tem, diante do ordenamento jurídico vigente, a possibilidade de levar em consideração as más condições carcerárias e a coculpabilidade penal quando do momento da dosimetria da pena, a fim de reduzi-la com base neste fator em cada caso concreto.

De fato, a limitação dever ser sancionada por uma norma constitucional para alcançar maior segurança jurídica e menor grau de discricionariedade judicial, conforme ensina Ferrajoli. Contudo, o magistrado, ainda que na atual ausência de norma constitucional específica nesse sentido, possui a possibilidade – e acima de tudo uma responsabilidade – de averiguar fatores que acarretam a redução da pena ou o afastamento de sua execução.

O ordenamento jurídico vigente, em seu conjunto normativo, é compatível com o emprego de institutos como o da coculpabilidade penal, o afastamento da execução de uma pena ilícita, inaplicabilidade de prisões provisórias levando em conta a situação carcerária e o princípio do *numerus clausus* (o qual preceitua que cada nova entrada no sistema penitenciário deve corresponder à saída de no mínimo outra pessoa presa), dentre outras proposições apresentadas no capítulo nove.

O que se quer dizer é que, tal como ensina Zaffaroni<sup>88</sup>, os poderes não devem atuar de forma segmentada, isso porque na medida em que cada poder conclui que faz o que deve, nenhum deles será responsável pelo todo, o que acarreta uma dogmática de Direito Penal alheia ao que corresponde um Estado de direito constitucional. A positivação da questão pelo poder legislativo traz maior segurança jurídica, mas o enfrentamento do problema não deve se resumir a isso.

---

<sup>88</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. **Penas ilícitas y hermenéutica jurídica: un análisis a propósito de las medidas de la Corte IDH respecto del IPPSC**. Buenos Aires: Ediar, 2021. p. 40.

Ferrajoli explicita que uma pessoa tende a mudar radicalmente ao passar dos anos, o que pode ser levado em consideração como caráter geral. O garantismo propõe a redução das penas legais ao invés de sua substituição discricionária a fim de assegurar os elementos garantistas da pena, são eles a predeterminação legal, a determinação judicial, a certeza, a igualdade e a proporcionalidade da pena, bem como a imunidade das consciências frente aos modos e aos tempos da execução da pena<sup>89</sup>.

A crítica acerca das medidas alternativas está na estratégia correccionalista que a informa. As medidas alternativas devem deixar de ser medidas e tornarem-se penas autônomas e certas, independente da arbitrariedade do juízo ou da autoridade administrativa do cárcere.

Outras críticas se perfazem com relação às penas pecuniárias, a primeira porque é uma espécie de pena impessoal, que qualquer pessoa pode pagar e nesta hipótese seria duplamente injusta para o réu que não a paga e para o terceiro que paga em seu lugar.

É também uma pena desigual, e pode ser mais ou menos aflitiva conforme o patrimônio do sujeito. Ademais, é uma espécie de pena aquém do limite mínimo da imposição de pena porque em observância à economia das proibições entende-se que

somente sejam previstas e castigadas como delitos infrações relativamente graves, nenhuma sanção pecuniária pode ser considerada suficiente para sancioná-las de maneira adequada. A consequência desta desproporção é que a pena pecuniária está hoje limitada às infrações mais leves. Mas isto, de fato, contribui para a inflação do direito penal: basta pensar que no nosso ordenamento até alguns anos atrás eram delitos (contravencionais) inclusive as infrações automobilísticas de proibição de estacionamento. E claro que esta infração não faz mais do que desacreditar o direito penal em seu conjunto, diminuindo sua importância e estimulando essa transformação da pena em tributo, que tanto preocupava os escritores iluministas<sup>90</sup>.

Ademais, fatores como a escassa relevância das infrações e a curta duração das penas ensejam formas de justiça sumária que desqualificam o processo penal e a função judicial<sup>91</sup>. Nesse ponto é interessante imaginar o contexto dos juizados especiais criminais como forma de justiça sumária, estabelecendo um procedimento de flexibilidade de segunda velocidade, pautado, no Brasil, na lei 9099/95. Por essas

---

<sup>89</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 333.

<sup>90</sup> Ibidem, p. 334.

<sup>91</sup> Ibidem, p. loc. cit.

razões, Ferrajoli não vislumbra nas penas pecuniárias outra alternativa senão a sua abolição.

Com relação às penas restritivas de direitos essas deverão ser aplicadas com cautela, de forma independente e exclusiva para determinados delitos e observando sempre o caso em concreto. Ferrajoli esclarece que em alguns casos as penas restritivas de direitos podem ser mais gravosas, com a característica não de uma pena pecuniária, mas das próprias penas privativas de liberdade, posto que podem ensejar uma privação da capacidade de trabalhar, exercer uma função pública, profissão, atividade artesanal ou comercial, dentre outros<sup>92</sup>.

As medidas que hoje são medidas alternativas servem de modelo com relação a substituição da pena de prisão (para prisão domiciliar, limitação de fim de semana, semiliberdade, liberdade vigiada, residência obrigatória, proibição de residir em determinado local, etc.), devendo se tornar pena principal, imediatamente para os delitos mais leves e a longo prazo para os delitos mais graves, tal como ocorreu no período de humanização do século XVIII, transformando em penas principais as medidas de prevenção extrapenal e disciplinar da época.

Se trata de uma transformação que requer uma redefinição teórica e normativa, “se exigimos da pena uma função, ainda que não educativa, mas pelo menos não deseducativa nem criminógena, então será necessário reduzi-la, redimensioná-la, redefinindo legalmente seus conteúdos alternativos<sup>93</sup>” e assim redefinir a sua duração e qualidade na fase legislativa e judicial para que a pena estabelecida pelo juiz permaneça certa, podendo ser modificada em hipóteses apenas excepcionais de fatos supervenientes expressamente previstos em lei, como razões de saúde do condenado.

Essa redefinição teórica e normativa proposta pelo garantismo também merece ser pensada sob à ótica da realidade brasileira, nesse sentido, Ana Elisa Bechara ensina que, quanto às teorias da pena importadas de um contexto diverso do brasileiro, “é preciso admitir que, na verdade, nenhuma delas consegue explicar de forma coerente a realidade. E parece lamentável que boa parte da dogmática se limite a repetir tais teorias durante quase dois séculos de forma descritiva<sup>94</sup>”.

---

<sup>92</sup> Ibidem, p. 335.

<sup>93</sup> Ibidem, p. 336.

<sup>94</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. O sentido da pena e a racionalidade de sua aplicação no estado democrático de direito brasileiro. **Revista da Faculdade Mineira De Direito - PUC Minas**, Belo Horizonte, v. 21, n. 41, p. 14, 2018.

Nessa recondução, a pena mantém seu caráter privativo, de certeza, legalidade e determinação e as penas sugeridas pelo garantismo, conforme já citadas, prisão domiciliar, limitação de fim de semana, semiliberdade, liberdade vigiada, residência obrigatória, proibição de residir em determinado local e outras semelhantes, passariam a ser previstas em lei em forma de graduação proporcional e ponderação equitativa conforme a gravidade do delito. A pretensão do garantismo é abolir a pena de privação total da liberdade, porquanto se trata de direito personalíssimo, inalienável e indisponível por sua própria natureza (assim como o é a vida).

#### 4.4.1 Princípios normativos

Conforme visto, o modelo normativo de pena engloba a sua formalização no texto legal (definição formal e legal) com a estrita observância de princípios garantistas fundamentais, sobretudo a retributividade da pena, sua estrita legalidade e sua estrita submissão à jurisdição, que se correlacionam e se interligam às demais garantias.

A pena é uma sanção retributiva, *procter* ou *post delictum*, porquanto não pode ser compreendida como um *prius*, *extra* ou *ante delictum*, deve assim observar a estrita legalidade, interligada à reserva de lei, a taxatividade e a predeterminação legal que por seu turno trazem como desdobramento a irretroatividade da lei desfavorável, a retroatividade e ultra-atividade da lei favorável e a proibição da analogia *in malam partem*.

A estrita submissão das penas à jurisdição, por seu turno, dispõe que a natureza e medida da pena seja aplicada e determinada pelo juiz respeitando as garantias processuais.

A posição do juiz como terceiro e a sua separação do órgão da acusação, a presunção de inocência do imputado até que sobrevenha a sentença definitiva de condenação, o ônus da prova a cargo da acusação, a legalidade e a publicidade dos processos de formação das provas e de verificação da responsabilidade penal, o contraditório e o direito do imputado à defesa em qualquer estado e em qualquer grau de jurisdição<sup>95</sup>.

O modelo é, por vezes, contestado pelo contexto prático e pela própria lei ordinária. A realidade contemporânea é composta de uma série de medidas *extra* ou *ante delictum* que cercam e suprimem a liberdade individual do sujeito e assim se desvincula das garantias penais e processuais que o garantismo penal impõe.

---

<sup>95</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 578.

Isso consolida o que Ferrajoli chama de crise das garantias, posto que “um Direito Penal e processual especial de tipo meramente preventivo e desvinculado daqueles princípios que oferecem um livre ingresso aos modelos substanciais e autoritários de defesa social<sup>96</sup>”.

Um sistema baseado na concepção primitiva da vingança tende a promover a retomada de períodos obscuros na história da pena, é um retrocesso. Nesse sentido o garantismo, conforme já explicitado, vai de contramão às ideologias correcionais da pena, que tendem a fazer da pena uma sanção desigual atípica e incerta.

E como se não bastassem as medidas extrapenais que desrespeitam as garantias inerentes a pena, haverá ainda as sanções processuais e penais que sequer possuem processo, igualmente criticadas pelo garantismo. Tais sanções podem anteceder o processo ou mesmo se conceberem sem ele (como por acordos), infringindo o princípio da necessidade do juízo.

Igualmente as penas acessórias ou de interdição irão infringir o princípio jurisdicional da equidade e da retributividade, posto que não guardará relação de consequencialidade do delito, mas da própria condenação. Todos esses efeitos penais secundários são criticados pelo garantismo por violarem princípios fundamentais e, por vezes, criarem na pessoa do condenado um estigma social.

Os efeitos pós-penais estigmatizantes podem ser visualizados em ações como a inscrição da condenação em certidões judiciais, atribuição do status de reincidente, impossibilidade de suspensão condicional da pena, inabilitação para o exercício de atividades profissionais.

Ademais, o próprio processo enseja penas processuais, o que Ferrajoli denomina como sendo uma estigmatização pública responsável pelas sanções penais atípicas que provocam a inflação do processo penal, que pode ser observada especialmente nos encarceramentos preventivos.

#### **4.5 Propostas do garantismo com ênfase na questão da pena**

Diante das propostas apresentadas pelo garantismo para cada um dos problemas discutidos, é possível, neste capítulo, sistematizar as propostas do garantismo penal de Ferrajoli com o seguinte rol de alternativas apresentadas:

---

<sup>96</sup> Ibidem, loc. cit.

1. Supressão das penas pecuniárias, porque violam a igualdade, a impessoalidade e a proporcionalidade, além de estimularem a transformação da pena em tributo (sanção administrativa), não havendo outra alternativa, senão pela sua abolição.
2. Redução das penas privativas de liberdade para o máximo de dez anos com a perspectiva de eliminação das penas de privação total da liberdade.
3. Substituição das penas de privação total da liberdade (e conseqüente descarcerização) por penas autônomas de semiliberdade, prisão domiciliar, limitação de fim de semana, liberdade vigiada, residência obrigatória, proibição de residir em determinado local e outras similares.
4. Redefinição teórica e normativa da pena, dado que a pena não pode ser concebida com fins de ressocialização ou reeducação do condenado (ou qualquer outro modelo de defesa social), senão como consequencialidade da pena em relação ao delito, apta a não deseducar e não perverter a pessoa do condenado. Ademais, uma reforma normativa é necessária para reduzir, redimensionar e redefinir legalmente os conteúdos.
5. Fim da duplicidade da pena enquanto função exemplar e disciplinatória, por ser incompatível com o modelo garantista de Direito Penal.
6. Abolição dos crimes de menor potencial ofensivo e de todas as contravenções penais.
7. Fim das prisões provisórias, posto que são ilegítimas e não guardam relação com a presunção de inocência e a paridade no processo penal.
8. Maior celeridade do processo penal, com a redução dos prazos processuais penais.
9. Fim das medidas extrapenais e das sanções sem processo, uma vez que desrespeitem as garantias inerentes a pena.
10. Fim das penas acessórias ou de interdição, conquanto infringem o princípio jurisdicional da equidade e da retributividade e não guardará relação de consequencialidade do delito, mas da própria condenação.

Dessa forma, Ferrajoli esclarece que as propostas são viáveis, especialmente se levado em consideração o contexto histórico que antecedeu as penas atuais, inicialmente inauguradas como medida alternativas às penas corporais até se tornarem na atualidade penas propriamente ditas, em outras palavras, com caráter autônomo.

Explica o autor que o mesmo processo poderia ser realizado para que as alternativas apresentadas pelo garantismo possam se consolidar no contexto prático. Essas propostas serão analisadas e discutidas junto de outras proposições no capítulo nove.

## 5. CONSIDERAÇÕES INICIAIS EM RELAÇÃO À PENA

Desde a antiguidade já era possível notar a existência de castigos corporais, suplícios com as mais variadas formas de expiação. A origem da pena é tão antiga quanto a humanidade e por isso a tarefa de situar precisamente tal origem é complexa.

Partindo da idade média, a pena privativa de liberdade serviu como forma de custódia daqueles que seriam submetidos à expiação, tais sanções eram impostas arbitrariamente pelos governantes, que costumavam levar em conta o *status* social e em alguns casos admitia a substituição da sanção por pagamentos em metal<sup>97</sup>, em geral os castigos impostos variavam entre mortes acompanhadas de dores e mutilações.

A idade média foi marcada pela Inquisição e o período do terror, a violência sem limites protagonizou à época, não se falava em garantias, legalidade, dignidade humana ou humanização das penas, todo o poder era concentrado nas mãos do julgador que criava crimes e cominava suas próprias sanções, a gosto arbitrário.

O período do terror sobreviveu durante toda a idade média, nos suplícios, o carrasco enquanto *manus* do rei, “exercia sobre o corpo do condenado a mutilação ou a morte diante dos olhos do público, a fim de que a marca no corpo individual se gravasse nos corações dos outros indivíduos”<sup>98</sup>, tratava-se de um ritual público que servia como forma, não de restabelecer a justiça, mas de “reativar” o poder do rei em face dos criminosos que desobedeciam ao rei e a Deus, razão pela qual todo crime cometido era também um *crimen majestatis*, posto que atingia o soberano.

O poder ilimitado sobreviveu da alta até parte da baixa idade média, quando se promulga a *Magna Charta* de 1215, documento que visava a limitação dos poderes do rei e marca a concepção da legalidade, ainda precoce e limitada pelo sistema *commom law*<sup>99</sup>. No tocante à legalidade, durante todo o período medieval não existiu lugar para a lei em sentido político-jurídico, mas, tão somente para a lei eterna, lei humana e lei natural, esta última a lei suprema do poder divino, razão pela qual não existiu espaço para a conformação do Princípio da Legalidade.

<sup>97</sup> BITENCOURT, César Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 32.

<sup>98</sup> ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 109.

<sup>99</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 31.

Dessarte, Brandão<sup>100</sup> esclarece que o nascimento propriamente dito do Princípio da Legalidade ocorre no século XVIII, já na idade moderna, por meio da obra “Dos Delitos e Das Penas”, de Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria. Conforme Beccaria, a pena nasce da necessidade de empregar meios sensíveis para desviar o ânimo de submergir as leis da sociedade, “somente a necessidade obriga os homens a ceder uma parte de sua liberdade; daí resulta que cada um só consente em pôr no depósito comum a menor porção possível dela<sup>101</sup>”, de onde decorre o fundamento do *ius puniendi*.

Toda e qualquer forma de punir que ultrapasse esse fundamento é poder de fato e não de direito. É diante dessa base que o autor consolida o Princípio da Legalidade, ao ensinar que “a primeira consequência desses princípios é que só as leis podem fixar as penas de cada delito; e que somente o legislador tem a autoridade de fazer as leis penais, pois, o mesmo representa toda a sociedade unida por um contrato social”<sup>102</sup>, só a partir de então é que se pode conhecer a pena enquanto instituto que integra o delito, isto é, como método penal.

Beccaria foi um dos precursores do movimento reformista que provocou diferentes reformas legislativas em meados de 1764, quando sua obra foi publicada, mas antes mesmo da publicação, já haviam movimentos no sentido de abolir determinadas sanções, tais como a tortura, que ficou restrita a determinados delitos, bem como a redução dos tormentos, que não mais poderia ser aplicado às testemunhas<sup>103</sup>.

Pouco a pouco, em meados de 1830 e 1848, o corpo desaparece do palco da repressão penal e a violência ligada ao exercício do direito de punir e intrínseco ao próprio Direito Penal deixa de ser uma cena para consistir em um mecanismo administrativo. Foucault chama essa época de “sobriedade punitiva<sup>104</sup>”, marcada por um processo evolutivo pouco uniforme em diferentes nações. Vale lembrar que o iluminismo foi um movimento que reprovava e desqualificava os suplícios, sendo um dos marcos responsáveis pelo seu fim.

---

<sup>100</sup> Ibidem. p. 33.

<sup>101</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2ª ed. Leme: CL Edjur, 2012. p. 17.

<sup>102</sup> Ibidem. p. 18.

<sup>103</sup> ANTUNES, Ruy da Costa. **Problemática da pena**. (Tese de Cátedra). Recife: Edição do autor, 1958. p. 94.

<sup>104</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**; tradução de Raquel Ramallete. 42ª ed. Petrópolis: Vozes, 2014. p. 19.

Mas o poder sobre o corpo não foi inteiramente extirpado, até o século XIX práticas como trabalhos forçados, redução alimentar, privação sexual e expiação física eram comuns, aliás, nesse sentido, a prisão carrega consigo medidas de sofrimento físico, não obstante a nova realidade incorporada.

O corpo já não é mais objeto a ser atingido pela pena, mas o é a alma. Nesse sentido, Foucault explica que, além dos crimes, passa a ser julgada também a alma dos criminosos, há, então, “um conjunto de julgamentos apreciativos, diagnósticos, prognósticos, normativos, concernentes ao indivíduo criminoso acolhidas no sistema do juízo penal<sup>105</sup>”, surge aí uma série de questões políticas voltadas sobre o indivíduo, de onde nascem as prisões.

### 5.1 Evolução a partir do ideal humanitário

A partir do ideal humanitário a pena corporal deve ser substituída pela prisão. O castigo corporal era uma ferramenta de controle arbitrário, a partir de então consagra-se a ideia de que o castigo corporal deveria ser afastado do Direito Penal. Esse ideal tem Francisco de Vitoria como seu principal expoente, o homem era a preocupação central do autor, protagonista da escolástica tardia espanhola.

Vitoria questionava as questões que giravam em torno do castigo aplicado ao homem, dando origem a um pensamento que, no âmbito da dogmática, confere ao humanismo o caráter matriz do Direito Penal liberal<sup>106</sup>.

À época, já se faziam presentes os debates acerca dos fins da pena, “autores setecentistas queriam demonstrar que os castigos corporais, aplicados pelos detentores do poder (nobres e clérigos), não se vinculavam aos propósitos humanizadores que tornariam o poder legítimo<sup>107</sup>”, dessa maneira nasce a prisão enquanto instituição substitutiva dos castigos corporais, afastando o terror provocado pelo clero e pela nobreza, conquanto a prisão não ultrapassou o mero discurso humanitário. Logo a seguir, a prisão é monopolizada pela mais nova forma de instituição política: o Estado.

<sup>105</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**; tradução de Raquel Ramalhe. 42ª ed. Petrópolis: Vozes, 2014. p. 24.

<sup>106</sup> BRANDÃO, Cláudio. Francisco de Vitoria y la raíz del derecho penal. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 18, n. 1, p. 165-186, 14 jun. 2017, p. 172.

<sup>107</sup> BRANDÃO, Cláudio. A crise da prisão em três centúrias: um estudo à luz do gênese dos direitos humanos. **Caderno de Relações Internacionais**, vol. 11, nº 20, jan-jun. 2020, p. 9.

A noção de Estado é condição para a afirmação de um único Direito Penal em um único território, a utilização monopolizada do Direito Penal exclui a pluralidade de jurisdições. Desse modo, a ideia de territorialidade está vinculada ao monopólio da jurisdição e da pena. Os sistemas liberais só puderam monopolizar a jurisdição penal por intermédio do monopólio da sanção.

Nessa construção, houve um processo de centralismo no qual “a prática punitiva foi, talvez, a mais importante para permitir a substituição dos exercícios de “justiça” e “poderes” locais<sup>108</sup>”. Assim, “as mutações políticas ocorridas com a formação do Estado e a transformação da liberdade dos indivíduos encontram-se, nesta perspectiva, ligadas ao nascimento do Direito Penal”<sup>109</sup>.

Como visto, até a idade média não havia Estado enquanto organização política instituída, as regras de cada poder variavam entre as localidades e a partir da centralização do poder pelo Estado é possível o monopólio do poder punitivo.

## 5.2 Da síntese dos estudos criminológicos e difusão da criminologia

Em grandes linhas, Cesare Bonesana Marquês de Beccaria foi um dos precursores no processo de humanização das penas, em defesa dos direitos humanos e contrário às penas cruéis e de morte, Beccaria inaugura um movimento racional, crítico e lógico que inspira o cientismo e o humanitarismo. Muito antes da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, já havia sido publicada a sua mais famosa obra, “Dos delitos e das penas”, que antecipava os ideais dos revolucionários de 1789<sup>110</sup>.

Partindo da base ideológica do contratualismo, Beccaria defende que a pena não se baseia no retribucionismo, na vingança, mas na prevenção de delitos, sua utilidade precípua, conforme entendia o milanês. Seus estudos limitaram a arbitrariedade do legislador e também do julgador, trazendo à baila uma série de questões políticas.

<sup>108</sup> ANITUA. Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 38.

<sup>109</sup> ALVES, Sílvia. **Punir e humanizar: o Direito Penal Setecentista**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. p. 65.

<sup>110</sup> Nesse sentido, Zaffaroni explicita que “Es muy probable que el pensamiento francés pre-revolucionario haya influido tanto en la Declaración de 1789 como en la Constitución de los Estados Unidos, como por ejemplo el pensamiento contractualista, en el que Beccaria fundaba precisamente el principio de legalidad penal” (ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Tratado de Derecho Penal**. Buenos Aires: Ediar, 1998, p. 138).

Na sequencia doutrinária do iluminismo penal, Francesco Carrara se qualifica como o principal continuador da obra de Beccaria, o autor italiano é considerado o principal expoente da Escola Clássica do Direito Penal, fundada por Cesare Bonesana Marquês de Beccaria. Destaca-se que “a expressão “escola clássica” foi uma invenção de Enrico Ferri. Segundo Ferri, há uma escola “clássica” do Direito Penal, fundada por Beccaria, integrada por todos os penalistas não positivistas e capitaneada por Carrara”<sup>111</sup>.

Para Carrara, o delito não é um ente de fato, mas um ente jurídico, constituído pela violação da norma. O autor visava a sistematização lógica do Direito Penal e Direito Processual Penal, como forma de limitação do poder estatal. Assim, defendia a necessidade de limitar racionalmente o legislador, tarefa da ciência jurídica, por ele chamada de Supremo Código da Liberdade, sendo a finalidade da pena eliminar o perigo social decorrente da impunidade do ato que viola a norma<sup>112</sup>.

À época, já se fazia presente uma reivindicação iluminista da lei escrita, a fim de satisfazer a sua função limitadora, função essa que Ferrajoli chama de legalidade estrita, a qual reclama todas as demais garantias como condições necessárias da legalidade penal, assim, o recurso tão somente a lei formalmente estatuída não pressupõe um Estado de direito.

A Escola Clássica, como acabou ficando conhecida, consolidou um período pré científico no século XVIII e precedeu o surgimento da Escola Positiva no século XIX. A Escola Clássica pautou-se no método dedutivo ou lógico abstrato, o crime era visto, não como fato, mas como ente jurídico e a pena é fundada na ideia de livre arbítrio e na culpabilidade moral e pessoal<sup>113</sup>.

A Escola Positiva, por seu turno, inaugura uma etapa científica de método indutivo, pautado em uma ciência empírica e interdisciplinar. A famigerada trindade do positivismo ficou conhecida por meio dos expoentes Lombroso, Ferri e Garófalo<sup>114</sup>. Cesare Lombroso formou-se em Medicina em 1858 e defendia que o crime, assim como as doenças mentais, é cercado de causas que o determina e o produz. Após se

---

<sup>111</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro**. 9ª ed. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 264.

<sup>112</sup> ANITUA. Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008, .188.

<sup>113</sup> Ibidem. p. 188.

<sup>114</sup> Ibidem. p. 308.

formar, o psiquiatra italiano se alistou no exército e passou a analisar a etiologia do crime por meio da anatomia, fisiologia e psiquiatria.

Anitua<sup>115</sup> explica que Lombroso iniciou uma análise etiológica do crime a partir das muitas autópsias que realizava. Em 1871, o psiquiatra italiano assegurou ter encontrado um crânio com uma peculiaridade anatômica própria de homínídeos não desenvolvidos. A partir de então, passa a publicar seus estudos e proferir conferências acerca do atraso evolutivo como forma de compreensão da delinquência.

Diante disso surge a obra “O homem delinquente”, marco dos seus estudos em antropologia criminal. Lombroso, apesar de criticado por desprezar o livre-arbítrio, inaugura uma fase científica e a chamada Escola Positiva ou Tradicional, o qual foi precursor do positivismo bioantropológico.

A partir de Lombroso, Enrico Ferri desenvolverá os seus estudos pautados na sociologia criminal. O autor inaugura o positivismo penal sociológico e subordina a tarefa criminológica aos estudos biológicos e sociológicos. Para Ferri, o sistema penal deve atuar de forma objetiva para alcançar a defesa social contra o sujeito determinado a delinquir, em face daqueles indivíduos socialmente perigosos<sup>116</sup>.

Por fim, Raffaele Garofalo funda a fase jurídica da Escola Positiva, concebendo o positivismo idealista. Para o autor, a defesa social era a luta contra seus inimigos naturais. A partir de tais ideais, Garofalo cria o conceito de delito natural, delito seria, desse modo, tudo aquilo que viola os sentimentos de piedade e probidade. A violação do sentimento de piedade, que é a misericórdia, gera o homicídio como principal exemplo de crime. O sentimento de probidade, que é a honestidade, gera o roubo como principal exemplo de crime.

Garofalo foi precursor do conceito de periculosidade ao positivismo. Para ele os inimigos naturais são aqueles que carecem dos sentimentos de piedade e probidade, não havendo medidas ressocializadoras que possam sanar tal deficiência. Dessa forma, a perversidade constante e ativa de tais delinquentes deveria receber pena proporcional à periculosidade, não ao dano provocado.

Entre seus ideais, o magistrado italiano defendia a inoculação, deportação, expulsão e até mesmo a pena de morte aos irrecuperáveis, ideias que resultaram na

---

<sup>115</sup> Ibidem. p. 304.

<sup>116</sup> ANDRADE, Vera. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. **Revista Sequência**, v. 16, n. 30, 1995, p. 25-26.

publicação da metáfora “luta ou guerra contra o delito”, em 1909<sup>117</sup>, conquanto tais ideais não foram integralmente seguidos, positivistas ulteriores trabalharam tais ideais de maneira parcial ou os abandonaram por completo.

A fim de desnudar aquilo que ficou conhecido como “estado perigoso sem delito” outros positivistas trabalharam esse estado como decorrência da *mala vita*, advinda da mendicidade, prostituição, religiões que não fossem oficiais, jogos, toxicomanias e demais comportamentos marginalizados socialmente pela burguesia. Cientistas e publicistas propagaram a marginalização social e a classe perigosa, também denominada *underclass*.

Ao final do século XIX, surge um cenário de batalha entre estudos italianos e franceses acerca das diferentes expressões de organização social. De um lado, criminólogos italianos voltavam sua atenção ao viés antropológico, em que o homem nasce com predisposições e determinadas características. De outro lado, criminólogos franceses voltavam sua atenção ao viés social, em que o homem é estudado por aquilo que faz.

Para os franceses, “seria o meio, e não a herança, a verdadeira causa do homem delinquente<sup>118</sup>”, nova disciplina denominada de mesologia criminal. Surge, a partir de então, os estudos de Alexandre Lacassagne, o francês autodenominado neurólogo social desenvolveu a teoria microbiológica do delito, na qual considerava a delinquência como uma degeneração patológica que se desenvolvia em um meio propício.

Lacassagne entendia que o meio social era o meio em que a delinquência se desenvolvia, o autor refutou as ideias de Lombroso e sustentava que a etiologia criminal comportava o fator individual e o fator de origem social. No primeiro, causas endógenas davam origem ao delito, tais como a debilidade mental e outras doenças. No segundo, causas exógenas davam origem ao delito, tais como o meio ambiente, a família, escola, amigos, dentre outros.

A solução apontada pelo francês era a profilaxia da retirada do meio nocivo para um novo meio em que seja possível uma nova educação. Na escola francesa destacaram-se diversos criminólogos, dentre eles aquele que ficou conhecido como o criador do termo criminologia, Paul Topinard, médico francês.

---

<sup>117</sup> ANITUA. Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 315.

<sup>118</sup> Ibidem. p. 317.

A palavra criminologia surgiu da união do vocábulo latino *crimen* e grego *logia* em prol de um programa político com vistas a defender a sociedade de um ser perigoso. O programa está por detrás da prisão enquanto resposta penal primária. Topinard usou a terminologia em seus estudos positivistas, isto é, nos estudos de investigação da sociedade por intermédio de leis gerais e universais e nesse panorama a ciência do crime propriamente dita não será o Direito Penal, mas a criminologia.

Surge um paradigma ontológico em diálogo com a ideia de prisão, isso pois, a prisão é um mecanismo de eliminação do perigo e do ser perigoso por meio da retirada do tempo e espaço social. A criminologia vai, dessa forma, buscar as causas e as profilaxias da criminalidade por meio de sua ciência e estudos empíricos. Esses estudos empíricos guardam relação de harmonia com o Direito Penal.

É o Direito Penal, por seu saber normativo<sup>119</sup>, quem dirá o que é crime, enquanto a criminologia abordará a realidade ontológica pré constituída ao Direito Penal, o crime e o criminoso, sujeitos perigosos e ações perigosas. Essa busca pelas causas e uso da ciência para combater o delito, configura a chamada etiologia criminal.

A recém concebida criminologia depreende que a criminalidade é um meio natural presente nas sociedades e que compreende comportamentos e indivíduos perigosos que se destacam dos demais, o que promove uma divisão entre o (sub)mundo do mal e o decente mundo do bem<sup>120</sup>, que conformará a pena como mecanismo de defesa social. Essa realidade ontológica decorre de um defeito evolutivo, conforme se entendia na ocasião.

Como visto, de ora em diante, Raffaele Garofalo foi o difusor da criminologia por meio de seus estudos que entendiam haver crimes naturais em oposição a crimes artificiais, esses crimes naturais eram violações de sentimentos de piedade (misericórdia) e de probidade (honestidade).

A partir de então, surgem também as diversas técnicas de investigação e repressão. Destaca-se Alphonse Bertillon, criador da polícia científica por meio de seus estudos antropométricos, de onde surge, mais tarde, diversos estudos pautados

---

<sup>119</sup> O Direito Penal enquanto norma que varia no tempo e no espaço.

<sup>120</sup> ANDRADE, Vera. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. **Revista Sequência**, v. 16, n. 30, 1995, p. 26.

especialmente em classificação e patologias do que em proposições políticas ou filosóficas.

Anitua ensina que a ideologia do tratamento “teve uma fonte original de legitimação no positivismo espanhol, ao passo que o positivismo penal e criminológico encontrou na Espanha uma curiosa e original expressão no chamado correccionalismo<sup>121</sup>”.

A Escola Correccionalista tem o alemão Karl David August Röder como seu principal expoente, baseado no filósofo Friedrich Krause, Röder inaugura a teoria da melhoria, correção moral ou correccionalismo, em 1839. O correccionalismo apregoa ideais de tratamento de acordo com as características individuais de cada um, para que se possa preparar o indivíduo para o convívio social, de modo a corrigi-lo ou ressocializa-lo e, apesar de difundida na Alemanha, teve seu maior prestígio na Espanha.

O positivismo é sedimentado no ocidente, alcançando a América Latina, onde o positivismo influencia sobretudo o terreno político. No Brasil, em matéria de governo, a influência de Auguste Comte e seu positivismo justificador de ordem burguesa era predominante<sup>122</sup>. Comte era um filósofo e matemático e defendia a precisão das leis. Valendo-se da sociologia, pautava seus ideais a partir do conhecimento dos fatos, entendia que a sociologia deve basear-se na observação para que, assim, possa ser verificável da mesma forma que a matemática.

O francês considerado um fundador do positivismo afirmava que a sociedade era um corpo social, formado por, dentre outros, indivíduos e família. Seu argumento organicista apregoa que ordem e progresso são indissociáveis, trata-se do mesmo argumento utilizado pelas classes dirigentes liberais latino-americanas e que permanece na bandeira brasileira desde 1889, quando da proclamação da República Federativa do Brasil<sup>123</sup>.

Augusto Viveiros de Castro, magistrado e autor brasileiro, se destacou no Brasil pelos seus estudos acerca da estatística criminal e a nova escola penal, publicado em 1894. A ênfase dos estudos era pautada nas causas sociais em detrimento das causas individuais do delito.

---

<sup>121</sup> ANITUA. Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 324.

<sup>122</sup> Ibidem. p. 352.

<sup>123</sup> Ibidem. p. 289.

Na ocasião, Viveiros de Castro levantou discussões em face da criminalização da bruxaria, que era uma forma de repressão às diversas práticas religiosas de descendentes de africanos. Juízes locais chegavam a condenar pelo delito do espiritismo aqueles que consideravam inferiores em função de sua origem escrava<sup>124</sup>. Até mesmo a capoeira chegou a ser criminalizada pelo Código Penal de 1980 e a questão racial obteve ênfase na relação de causalidade entre o homem e a criminalidade.

Além dos aspectos sociais, também ganhou relevo questões voltadas às doenças. O médico e antropólogo brasileiro Raimundo Nina Rodrigues lançou, no ano de 1984, estudos que se baseavam na ideia de que os negros eram mentalmente incapazes, razão pela qual não poderiam se encaixar na civilização europeia. Nessa altura, regiões como o norte do Brasil e o sul dos Estados Unidos foram foco do positivismo criminológico racista<sup>125</sup>.

Além do positivismo criminológico racista, o positivismo atingiu tendências reformistas, jurídico-penal, médico e psicológico. Em linhas gerais, os reformistas trabalhavam questões como a regeneração moral, cura e recuperação por meio dos movimentos reformadores.

Diferente das prisões do século XIX, que visava “disciplinar” os condenados, a partir do movimento reformista seria realizado um “tratamento” penitenciário, por intermédio do saber médico orientado para a regeneração<sup>126</sup>.

Por fim, o positivismo médico e psicológico era pautado nos estudos médicos, da psicologia e da psiquiatria, valendo-se ainda, da psicanálise, que por intermédio da teoria psicanalítica visava explicar as causas da conduta desviada do indivíduo. De onde nasce a contribuição freudiana, a qual deslegitima a reação punitiva pautada na defesa social ou erradicação do delito. Na verdade, a pena serve para satisfazer uma necessidade de castigo da sociedade, defende Sigmund Freud<sup>127</sup>.

O autor, que ficou conhecido como “pai da psicanálise”, desenvolveu teorias psicanalíticas da criminalidade e da sociedade punitiva. Entre elas, a teoria da neurose explica que a disfunção entre *super-ego*, *id* e *ego* acarreta a neurose, que consiste na

---

<sup>124</sup> Ibidem. p. 352.

<sup>125</sup> Ibidem. p. 354.

<sup>126</sup> Ibidem. p. 362.

<sup>127</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal**. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 49-50.

consequência de um acontecimento marcante e instalado no inconsciente, a técnica da psicanálise irá, então, transformar em consciente a origem da neurose.

A teoria do simbolismo explica que o inconsciente possui valores simbólicos distintos acerca de pessoas, objetos e ações, a representação desses valores pode ser distinta para cada um, o que significa que um indivíduo pode, por exemplo, identificar pai e Estado, de forma que seu ódio pela figura paterna desencadeie uma rebelião política no indivíduo.

Enquanto a teoria do sentimento de culpa explica que aquele que carrega consigo um sentimento de culpa pode vir a praticar determinado delito justamente para ser castigado e assim livrar-se desse sentimento. Nessa toada, as teorias freudianas ganham destaque na compreensão do pensamento criminológico e promoveu reflexões acerca do comportamento individual e social no início do século XX.

Neste mesmo século, os estudos norte-americanos ganham destaque e conformam a superação do paradigma ontológico pelo paradigma do desvio, permitindo à criminologia uma roupagem diversa. A etiologia criminal que pautava a criminologia positivista como uma realidade ontológica - pré constituída ao Direito Penal - é superada com os estudos norte americanos, que trouxeram respostas diversas daquelas antropológicas e deterministas deu destaque, sobretudo, ao *labelling approach*. Desenvolveram-se as teorias sociológicas e crítica, as quais serão estudadas adiante.

Cumprir destacar que o *labelling approach* possibilita um novo paradigma à criminologia, o paradigma da reação social que rompe, assim, com o paradigma anterior. Nesse contexto Vera Andrade elucida que a tese central do *labelling approach*

parte dos conceitos de “conduta desviada” e “reação social”, como termos reciprocamente interdependentes, para formular sua tese central: a de que o desvio e a criminalidade não é uma qualidade intrínseca da conduta ou uma entidade ontológica preconstituída à reação social e penal, mas uma qualidade (etiqueta) atribuída a determinados sujeitos através de complexos processos de interação social; isto é, de processos formais e informais de definição e seleção<sup>128</sup>.

Diante da síntese exposta já na idade moderna, é possível concluir que a resposta penal primária veio de uma afirmação política. A prisão, nesse contexto, é um meio de segregação de tempo e espaço social dos sujeitos não evoluídos. Sua

---

<sup>128</sup> ANDRADE, Vera. op. cit., p. 28.

infraestrutura arquitetônica constitui uma contradição entre a ideologia de sua criação e a sua substância física.

## 6. DAS TEORIAS ACERCA DA PENA

A pena é um mal na medida em que corresponde a perda de bens jurídicos. Desde a sua origem etimológica a palavra pena se concebe nesse sentido, apesar das diferentes origens, todas elas chagam ao mesmo significado. Brandão<sup>129</sup> esclarece que, do latim *poena* a pena significa sofrimento; do grego *ponos* a pena significa dor e do sânscrito *punya* a pena significa a purificação do mal.

Nas palavras de Carnelutti, “a pena, assim como o delito, é um mal ou, em termos econômicos, um dano<sup>130</sup>” aquele que pratica uma conduta delituosa sofre a perda de bens jurídicos como a liberdade e o patrimônio e por isso estará sujeito ao mal que a pena corresponde, essa consequência jurídica só é possível senão pela legalidade. Ademais, deverá a pena corresponder proporcionalmente à culpabilidade do autor do fato culpável, dado que se trata de uma punição proporcional pela sua culpa.

Isso posto, Hans Welzel diz que “a pena é um mal imposto ao autor pelo fato culpável (...), está justificada como retribuição, de acordo com a medida da culpabilidade<sup>131</sup>” o jurista alemão ensina que “a justa retribuição do fato torna visível o seu desvalor e assim afirma o juízo ético-social, estabelece a harmonia entre merecimento de pena e pena e permite ao autor tolerar a pena como justa expiação pelo ato injusto<sup>132</sup>”.

No que concerne aos fins da pena surgem distintas teorias, Zaffaroni ensina que “cada teoria da pena é uma teoria do Direito Penal que tem suas próprias raízes filosóficas e políticas<sup>133</sup>”, surgem as teorias justificadoras da pena, dentre as quais se destacam as teorias retributivas (absolutas), relativas (prevencionista) e unificadora (mistas).

### 6.1 Teorias absolutas

Na teoria absoluta, a pena serve para tão somente retribuir um mal causado com outro mal, no desígnio de “fazer justiça” e restabelecer a ordem. Por essa razão, a teoria absolutista também é reconhecida como teoria retributiva e representa o

---

<sup>129</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal Parte Geral**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 315.

<sup>130</sup> CARNELUTTI, Francesco. **O problema da pena**. São Paulo: Pillares, 2015, p. 17.

<sup>131</sup> WELZEL, Hans. **Derecho penal Parte General**. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956, p. 233.

<sup>132</sup> Idem. Ibidem. p. 234.

<sup>133</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro**. 9ª ed. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.111.

castigo aplicado no Estado Absolutista, que se destaca também como um Estado de transição entre a baixa idade média e o liberalismo<sup>134</sup>.

Bittencourt ensina que “ocorre nesse período o aumento da burguesia e um considerável acúmulo de capital<sup>135</sup>”. Diante do desenvolvimento de uma classe social que é a burguesia e desse crescimento de capital surge a sua necessidade de proteção, de onde nasce a pena como meio para a satisfação de um objetivo capitalista.

Por muito tempo a pena é utilizada como forma de exploração da mão de obra (como visto, os sistemas penitenciários foram desenvolvidos sob essa égide). A produtividade no cárcere é observada desde os primórdios da sua concepção, nas casas de trabalho (*workhouses*), internamento em cárcere e hospitais gerais como ocorreu sobretudo em Londres e Amsterdã.

O Estado Absoluto passa por um momento de transição e, a partir de uma concepção liberal de Estado, dá lugar ao Estado burguês, que carrega como base o contrato social. É a partir de então que a pena passa a ser reconhecida como “a retribuição à perturbação da ordem (jurídica) adotada pelos homens e consagrada pelas leis<sup>136</sup>”.

A pena vai, a partir de então, ser compreendida como forma de reestabelecimento da ordem jurídica violada, “à expiação sucede a retribuição, a razão divina é substituída pela razão de Estado, a lei divina pela lei dos homens<sup>137</sup>” e então surge um aparato retributivista engendrado para fazer justiça, onde se destacam as ideias de Kant (ordem ética) e Hegel (ordem jurídica), pensadores do idealismo alemão.

Assim, a teoria absoluta da pena é pautada nas ideias kantiana e hegeliana. Para o filósofo alemão Immanuel Kant, a pena é um fim em si mesma, ela é o efeito jurídico do delito<sup>138</sup> e, baseada na ordem ética, deve ser aplicada com base no valor moral da lei.

Para Kant, aquele que descumpre as disposições da lei não é digno do direito de cidadania e deve ser castigado por transgredir a lei. Trata-se de um imperativo

---

<sup>134</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 21ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015, p.133.

<sup>135</sup> Idem. Ibidem. p. 117

<sup>136</sup> Idem. Ibidem. p. 118.

<sup>137</sup> Idem. Ibidem. p. 118.

<sup>138</sup> KANT, Immanuel. **Princípios metafísicos del Derecho**. Madrid: V. Suarez, 1873, p. 38.

categorico segundo o qual o indivíduo deve obedecer a lei por uma obrigação de consciência, segundo ele “a obrigação é a necessidade de uma ação livre sob um imperativo categorico da razão<sup>139</sup>”, representa uma ação em si mesma.

O autor propõe dois tipos de imperativos, o hipotético e o categorico. Enquanto o imperativo hipotético se realiza com fins utilitários, o imperativo categorico é aquele que o sujeito faz por obrigação de sua consciência, ocorre o delito quando o imperativo categorico é atingido. A pena não teria outro fim senão o de retribuição, a razão da pena não se encontra na sua utilidade, mas na racionalidade e na aplicação ética da justiça.

Para Ferrajoli o pensamento kantiano é hábil para justificar o momento de aplicação da pena, mas sua elaboração não comporta utilidade da pena. As teorias retribucionistas elidem a justificação externa, nesse sentido o autor ensina que a pena justificada *ob malum actionis, quia peccatum, quia prohibitum*, ou similares, equivale a dizer quando se justifica (ou é possível ou lícito) punir; não equivale a dizer porque é justificado (ou necessário, ou oportuno) punir<sup>140</sup>, o que ocorre em ambas as elaborações teóricas, tanto na concepção kantiana, quando na concepção hegeliana.

Diferente de Kant, o filósofo alemão Friedrich Hegel entendia a justificação da pena com base na ordem jurídica, na necessidade de reparação do direito por meio de um mal que reestabelesse a norma legal violada. A pena, segundo o jusfilósofo, é a negação da negação do Direito, isso quer dizer que a pena reestabelece a ordem geral na medida em que a pena é a negação do crime.

Nesse sentido, Brandão melhor elucida a questão com os seguintes dizeres: “se o crime é a negação do direito e a pena é a negação do crime, podemos dizer que a pena é a negação da negação do direito. Logo, como a negação de uma negação é uma afirmação, a pena reafirma o ordenamento violado pelo crime<sup>141</sup>”.

Dessa forma, de um lado Kant, pautado em sua ordem ética e no valor moral da lei, entende que aquele que não cumpre a lei não é digno de cidadania e deve ser punido com base na moral das leis universais (*ius talionis*). De outro, Hegel, pautado na ordem jurídica, entende que a pena nega o crime e o quantum de pena, portanto, deve estar de acordo com o quantum ou intensidade da negação do direito.

---

<sup>139</sup> Ibidem. p. 30.

<sup>140</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 207.

<sup>141</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal Parte Geral**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 318.

A concepção retributivista da pena foi teorizada também por outros autores como Tommaso Campanella, Selden, Leibniz e Genovesi, Pellegrino Rossi, Antonio Rosmini, Terenzio Mamiani, Enrico Pessina, Tancredi Canonico, Giuseppe Maggiore, Giuseppe Bettiol e Vittorio Mathieu, na Itália. Ludwig Heinrich Jakob, Julius Friedrich Abegg, Albert Friedrich Berner e Karl Binding na Alemanha. James Fitzjames Stephen na Inglaterra, e Morris, Hawkins e Fogel pouco mais recente nos Estados Unidos<sup>142</sup>.

As teorias absolutas, no entanto, não guardam compatibilidade com a concepção teleológica do princípio da Legalidade, isso porque o princípio da Legalidade tem a figura da pessoa humana como ponto central, asseverando a manutenção da dignidade humana e a valorização do homem, enquanto as teorias absolutas não possuem uma consequência útil ou funcional.

## **6.2 Teorias relativas**

Por conseguinte, nas elaborações teóricas utilitaristas da teoria relativa ou preventiva iniciam-se estudos no que concerne a prevenção. Acredita-se que mais importante que a punição em si, é prevenir que ocorra a prática do delito. Assim, a pena serve para que o delinquente não reincida na sua conduta criminosa.

A teoria relativa surge nos ideais liberais, consolidando-se no período do iluminismo e subdivide prevenção geral negativa e positiva e prevenção especial negativa e positiva.

Em linhas gerais, a prevenção geral diz respeito à coletividade (subdividindo-se em positiva e negativa, conforme se verá adiante) e a prevenção especial diz respeito ao indivíduo (igualmente subdividindo-se em uma vertente positiva e negativa, conforme se verá adiante).

### **6.2.1 Prevenção especial**

Ferrajoli explica que todas as doutrinas utilitaristas conferem à pena o objetivo único da prevenção dos futuros delitos. Quatro finalidades preventivas ganham destaque: a emenda ou correição do réu, a sua neutralização ou colocação em uma condição na qual não possa causar mal, o fato de conseguir dissuadir todos os outros de imita-lo por meio do exemplo da punição ou de sua ameaça legislativa, a integração disciplinar destes com aqueles e o consequente reforço da ordem

---

<sup>142</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 205.

mediante a reafirmação dos valores jurídicos lesados<sup>143</sup>. As proposições pautadas na prevenção podem ser interpretadas de maneiras diversas, mas todas terão o objetivo em comum da prevenção dos delitos.

As teorias da prevenção especial se desenvolvem entre meados do século XIX e início do século XX, as referidas doutrinas, explica Ferrajoli, “refletem as vocações autoritárias do novo e então consolidado Estado liberal e aquelas totalitárias dos regimes que emergirão da crise deste<sup>144</sup>”. A pena na concepção da prevenção especial visa um duplo fim, positivo e negativo. O primeiro pautado na reeducação do encarcerado, o segundo pautado na sua eliminação ou neutralização.

As orientações dizem respeito a pessoa do réu e se desenvolvem, em linhas gerais, a partir das doutrinas da emenda, da defesa social, do projeto ressocializante (ganha destaque a proposição de Von Liszt) e do tratamento. As doutrinas de emenda são pautadas no livre arbítrio e têm suas origens na ideia de *poena medicinalis* de Platão, é desenvolvida por Santo Tomás que orienta o Direito Penal canônico na época medieval. Esses ideais também servem de base, já na idade moderna, para o projeto penal do inglês Thomas More, o qual elabora a ideia de privação da liberdade pessoal como pena voltada à reeducação, medida de prevenção e de ordem pública. Tratam-se de ideias ligadas mais às tradições hebraico-cristã, platônica e medieval que à cultura iluminista propriamente dita, ensina Ferrajoli<sup>145</sup>.

As doutrinas positivistas da defesa social, por seu turno, compreendem a prevenção especial com uma dupla finalidade, a de curar o condenado (indivíduo doente), bem como a de segregar e neutralizar o condenado (indivíduo perigoso), finalidades que se fazem presentes nas penas e nas medidas de segurança.

Na defesa social é defendida a tese de que “o delinquente é um ser antropológicamente inferior, mais ou menos pervertido ou degenerado, e que, portanto, o problema da pena equivale aquele das defesas socialmente mais adequadas ao perigo que o mesmo representa<sup>146</sup>”, de onde surgem as medidas terapêuticas de defesa social.

A vertente se destaca na Itália, na escola positiva de Enrico Ferri, Raffaele Garofalo, Eugénio Florian, e Filippo Grispigni. Seus ideais também foram difundidos

---

<sup>143</sup> Ibidem, p. 212.

<sup>144</sup> Ibidem, p. 213.

<sup>145</sup> Ibidem, p. 214-215.

<sup>146</sup> Ibidem, p. 215.

na França, Espanha e na América Latina. Utilizada em ambientes anglo-saxões por autores como Barbara Wootton, e, mesmo com premissas diversas, na União Soviética, por Lênin, Evgenij B. Pasukanis e Petr I. Stucka<sup>147</sup>.

As prescrições terapêuticas compreendem medidas higiênico-preventivas, terapêutico-repressivas, cirúrgico-eliminatórias, a depender do tipo de criminoso (ocasional, passional, habitual, louco, nato) bem como dos fatores sociais, (psicológicos, antropológicos). Assim, diversamente da doutrina correicionalista da emenda, que é pautada no livre arbítrio, a doutrina correicionalista da defesa social é pautada no determinismo positivista.

A terceira vertente, a doutrina do projeto ressocializante, é concebida com o programa de Marburgo, melhor desenvolvido por Franz von Liszt em 1882, o que faz nascer, a seguir, a *new penology* americana. Trata-se de uma concepção teleológica e pragmática que levará em conta as individualizações e diferenciações da pena.

O jurista austríaco elaborou um modelo de Direito Penal como um "instrumento flexível e polifuncional de "ressocialização", de "neutralização" ou de "intimidação", dependendo dos diversos tipos - "adaptáveis", "inadaptáveis" ou "ocasionais" - de delinquentes tratados"<sup>148</sup>, de onde surge a doutrina eclética da "pena-defesa"<sup>149</sup>, sua tese pode ser condensada em três pontos chave: intimidação, correção e inocuidade.

Ferrajoli elucida que essa doutrina da finalidade de Von Liszt conseguiu casar-se com orientações variadamente formalistas e técnicas. Liszt vai dizer que há com relação a pena, não um tratamento dogmático, mas um tratamento de política criminal. Uma vez verificado o crime, aquele que o comete e que é incorrigível deve ser segregado, propunha-se a investigação da etiologia criminal.

Nasce, dessa forma, um modelo de integração e harmonia entre a dogmática e a política criminal, "postulando ser tarefa da ciência jurídica estabelecer instrumentos flexíveis e multifuncionais com escopo de ressocializar e intimidar as mais diversas classes de delinquentes"<sup>150</sup>.

---

<sup>147</sup> Ibidem, p. 215.

<sup>148</sup> Ibidem, p. 216.

<sup>149</sup> Doutrina que se dissocia daquela puramente intimidativa, para Liszt a "apena-defesa é a pena retributiva compreendida em seu sentido justo", ou seja, "justa no caso concreto", explica Ferrajoli. Idem. Ibidem. p. 216.

<sup>150</sup> CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, p. 69.

Foi nesse cenário de estudos criminológicos e de Direito Penal, que Von Liszt criou a ciência total do Direito Penal, na qual há uma separação entre três saberes que se complementam: o Direito Penal (saber normativo) vai subordinar a criminologia (saber empírico), na busca das causas e mecanismos de prevenção do que é normativamente entendido como crime pelo Direito Penal. Já os juízos de valor que permitem a criminalização serão realizados pela Política Criminal, o que integra a ciência total do Direito Penal no século XIX, um conjunto de relações harmoniosas.

A doutrina de Liszt, contudo, não é suficiente para afastar do projeto perseguido pela diferenciação e da personalização do tratamento punitivo as marcas paternalista e autoritária do velho correicionalismo<sup>151</sup>.

Uma quarta e última vertente apresentada por Ferrajoli é a da pena como tratamento. A pena assumirá a forma de tratamento, a fim de alcançar a transformação/neutralização da personalidade, “não importando se com o auxílio do padre ou do psiquiatra - mediante sua reeducação aos valores dominantes ou, o que é pior, sua alteração por meio de medicamentos<sup>152</sup>”, trata-se de uma carga de aflição adicional à reclusão, em uma lesão da liberdade moral (interior) cumulada com a lesão da liberdade física (exterior) inerente a privação da liberdade. Essa doutrina da pena como tratamento não justifica limites legais e acaba por preconizar penas de duração indeterminada.

Ferrajoli faz críticas com relação às vertentes estudadas. Segundo ele<sup>153</sup>, as três primeiras orientações doutrinárias consideram o delito uma patologia, seja moral, social ou natural, e compreende as penas como terapia política através da cura ou da amputação, são todas substancialistas<sup>154</sup> e confundem legitimação interna e externa.

As doutrinas da emenda confundem explicitamente direito e moral, concebendo o réu como um pecador a ser reeducado coercitivamente e conferindo à pena funções benéficas de reexame interior. Por seu turno, aquelas da defesa social, assim como as teleológicas, confundem direito e natureza, sociedade e Estado, ordenamentos jurídicos e organismos animais, representando o réu como um doente ou como um ser anormal a ser curado ou eliminado. Em todos estes casos, frise-se, é a pessoa do delincente, mais que o fato delituoso - o pecador mais que o peca- do, o doente mais do que o sintoma a ser colocada em primeiro plano para fins de qualidade e quantidade da pena. Tal fato se reflete na própria forma do julgamento, orientando-o à análise da alma e à observação psicossomática do réu, mais

---

<sup>151</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 218.

<sup>152</sup> FERRAJOLI, Luigi, op. cit., loc. cit.

<sup>153</sup> FERRAJOLI, Luigi, op. cit., loc. cit.

<sup>154</sup> Segundo o critério substancialista de definição do delito, o réu é o inimigo do povo, o delito é um ato hostil ao Estado e o critério funda modelos decisionistas, diversamente do critério convencionalista, o qual será informado pelo princípio da taxatividade e orientará o modelo cognitivo.

do que à individuação de sua conduta, em consonância com modelos subjetivados de direito penal baseados sobre o "tipo de delinquente" e sobre a sua periculosidade *ante-delictum*, ao invés de sobre o "tipo de delito" cometido<sup>155</sup>.

O autor ensina que tais doutrinas de prevenção especial são contestáveis, não apenas em função do seu caráter antigarantista, mas também por se valerem do plano da justiça substancial como critério de justificação externa (ético política).

Ademais, dado que apenas a pena carcerária estaria ligada a finalidade reeducativa, o critério não serviria de justificação em geral, para penas como as pecuniárias ou de detenção domiciliar e que o fim pedagógico/ressocializante sustentado por todas estas várias doutrinas não é realizável, haja vista que repressão e educação são incompatíveis entre si, assim como o é a privação da liberdade e a liberdade em si, "a única coisa que se pode pretender do cárcere é que seja o mínimo possível repressivo e, portanto, o menos possível dessocializante e deseducativo<sup>156</sup>".

As ideologias correicionistas (positivistas da defesa social e da diferenciação) contradizem não apenas a liberdade, mas também igualdade, "supondo ser o delinquente um ser anormal e inferior, se levadas às últimas consequências, terminam por dar espaço a doutrinas desumanas como aquelas da "criação" ou da "eliminação" eugênica<sup>157</sup>, pautada na ideia de que o Estado realizaria a sua seleção penal de tipo artificial, tal como ocorre com a seleção natural.

Desta forma, as doutrinas da prevenção especial confundem direito e moral e direito e natureza, explica Ferrajoli. As teorias preventivas especiais também recebem crítica de Hans Welzel<sup>158</sup> por carregarem a inconveniente ausência de separação entre pena e medida de segurança.

Bitencourt ensina que "a classificação sugerida por Ferrajoli é mais adequada à descrição da evolução das teorias da prevenção especial, e muito mais condizente com a realidade da aplicação da pena<sup>159</sup>", para o autor ganharão destaque as vertentes da defesa social, da prevenção especial de Von Liszt e da escola correicionalista, sendo a vertente de Von Liszt a que mais ganha ênfase na atualidade.

<sup>155</sup> FERRAJOLI, Luigi, op. cit., loc. cit.

<sup>156</sup> FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 219.

<sup>157</sup> FERRAJOLI, Luigi, op. cit., loc. cit.

<sup>158</sup> WELZEL, Hans. **Derecho penal Parte General**. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956, p. 239.

<sup>159</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 21ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 152

Essa vertente voltada não ao delito, mas ao indivíduo, pode ser compreendida com enfoque positivo e negativo. O exemplo da inflição do mal pode ser utilizado como meio para evitar a ocorrência de novos delitos, ocorreria dessa forma, a intimidação dos delinquentes potenciais (prevenção especial negativa). Ao mesmo tempo é possível, com isso, reafirmar uma certa pretensão de validade das normas jurídicas (prevenção especial positiva)<sup>160</sup>.

A prevenção especial negativa se consolida na intimidação do delincente à não reincidência e a positiva visa sua aptidão para retornar ao convívio social, a utópica ressocialização ou reeducação do encarcerado.

Como visto, a pena enquanto medida direcionada ao sujeito extrapola a análise do delito e foca no indivíduo de forma exponencial, permite o uso de penas indeterminadas e próprias de modelos autoritários, aniquila o homem na medida em que suprime a sua liberdade moral e por isso foi e ainda é bastante criticada pela doutrina.

### 6.2.2 Prevenção geral

Quanto à prevenção geral, o foco é a coletividade, a sociedade de maneira geral e não o indivíduo, como ocorre na prevenção especial. De um lado, uma corrente positiva defende que “a função do Direito Penal é dar afirmação aos valores, e pela afirmação dos valores o sujeito se abstém da prática de delitos<sup>161</sup>”. Por outro lado, uma corrente negativa defende que “com a inflição do mal da pena, evita-se que novos delitos tornem a acontecer<sup>162</sup>”. Destaca-se na primeira corrente a teoria de Welzel e na última corrente a teoria da coação psicológica de Feuerbach.

De modo geral, a prevenção geral negativa se consubstancia na ameaça da aplicação da pena e a prevenção geral positiva visa mostrar que a lei penal está vigente, fortalecendo o sistema normativo, promovendo a reafirmação da norma e a pacificação social.

Ludwig Feuerbach entende que quando há a promessa de um mal há uma prevenção geral negativa, que se traduz a partir de uma coação psicológica. A coação psicológica ocorre pela atuação dos instintos humanos, instintos esses que retraem

---

<sup>160</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal Parte Geral**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 319.

<sup>161</sup> Ibidem, p. 319.

<sup>162</sup> Ibidem, p. 319.

as condutas que podem trazer consequências legais (maléficas). As consequências são, assim, a antítese do prazer (um sofrimento) e o objeto dessa coação psicológica é evitar uma lesão jurídica.

A ideia de Direito, segundo ele, depende de uma imputação, isso porque o Direito está na esfera do dever ser e, portanto, não tem concretude no tempo e no espaço. A título de exemplo, uma vida humana não se confunde com o direito à vida, o conceito de vida se difere do conceito de direito à vida justamente pela sua concretude.

Assim, a lesão jurídica que vai gerar a coação psicológica para Feuerbach está na esfera dos direitos (da imputação) e não do concreto, assim o autor aduz que “la coacción psicológica se configura, pues, mediante la efectividad armónica de los poderes legislativo y ejecutivo en el común objetivo intimidatorio<sup>163</sup>”. Em sua obra *Tratado de Derecho Penal*, Feuerbach entende que

*I) Toda imposición de pena presupone una ley penal (nulla poena sine lege). Por ende, sólo la conminación del mal por la ley es lo que fundamenta el concepto y la posibilidad jurídica de una pena. II) La imposición de una pena está condicionada a la existencia de la acción conminada (nulla poena sine crimine). Por ende, es mediante la ley como se vincula la pena al hecho, como supuesto jurídicamente necesario. III) El hecho legalmente conminado (el supuesto legal) está condicionado por la pena legal (nullum crimen sine poena legali). Consecuentemente, el mal, como consecuencia jurídica necesaria, se vinculará mediante la ley a una lesión jurídica determinada<sup>164</sup>*

Essa coação psicológica, explica Salo de Carvalho, antecipa a prática do ilícito. a intimidação da pena estaria condicionada à eficácia do judiciário e do executivo e, uma vez que a pena pretende a coação psicológica, “sua execução deveria ser certa perante os sujeitos passivos primários (infrator) e secundários (sociedade), sob pena de perda do seu caráter essencial: o simbolismo<sup>165</sup>”.

Feuerbach critica o caráter pedagógico do melhoramento e retribuição moral, proposto nas teses de prevenção especial, segundo ele não há fundamento jurídico para a retribuição moral, por pertencer à esfera ética e não à ordem jurídica, além de ser fisicamente impossível. Ademais, a melhora moral é um objetivo da expiação, mas não da pena<sup>166</sup>.

<sup>163</sup> FEUERBACH, Ludwig. **Tratado de Derecho Penal**. Buenos Aires: Editorial Hammurabi S.R.L., 1989, p. 60.

<sup>164</sup> Ibidem. p. 63.

<sup>165</sup> CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, p. 125.

<sup>166</sup> Assim, assevera que (...) “*Por consiguiente, la pena civil como tal no tiene ni por objeto ni por fundamento jurídico: I) La prevención contra futuras contravenciones de un injuriente em particular, porque eso no sería pena, en razón de que no se observa ningún fundamento jurídico para una ante-*

A prevenção geral negativa assim, evita a prática de delitos por meio da ameaça de infligência de um mal que é a pena. Por outro lado, desenvolve-se uma vertente de prevenção geral positiva, a qual defende a tese de que o Direito Penal tem como função reafirmar os seus valores por meio da pena e por meio dessa afirmação de valores os sujeitos irão se abster da prática delituosa.

Ocorreria, dessa forma, uma “internalização e fortalecimento dos valores plasmados nas normas jurídico-penais na consciência dos cidadãos<sup>167</sup>”, de forma a alcançar uma finalidade comunicativa de reafirmação e estabilidade do sistema normativo em uma missão ético-social.

Ferrajoli critica a vertente por entender que tais doutrinas “seguramente confundem direito com moral, e inscrevem-se no inexaurível filão do legalismo e do estatualismo ético, conferindo às penas funções de integração social por meio do reforço geral da fidelidade ao Estado<sup>168</sup>”.

A finalidade preventiva geral positiva se resume em três efeitos que se relacionam, o efeito aprendizagem, com motivação social e pedagógica, o efeito da confiança que surge quando o cidadão vê a aplicação do Direito e o efeito de pacificação, que ocorre quando a consciência jurídica geral se tranquiliza, em virtude da sanção e sobre a violação da lei, considera o conflito com o autor resolvido<sup>169</sup>.

Claus Roxin defende que a teoria preventiva geral possui vantagens fundamentais sobre a teoria da prevenção especial, isso porque a sanção é necessária porque nos crimes permanecem sem consequências para o autor, incitam a imitação e o princípio da prevenção geral não tende a substituir as descrições do fato por previsões vagas e arriscadas de perigosidade para o Estado de direito, pelo contrário, exige disposições, sempre que possível, exatas, porque o objeto da

---

*cipación semejante; II) Ninguna retribución moral, porque ésta pertenece al ámbito de lo ético y no al del orden jurídico, aparte de ser físicamente imposible; III) Ninguna clase de intimidación mediata de otro a través de los sufrimientos inferidos al malhechor, porque no hay ningún tipo de derecho para ello; IV) Ningún mejoramiento moral, porque éste sería el objetivo de la expiación, pero no de la pena” (FEUERBACH, ob. cit., p. 62).*

<sup>167</sup> Nesse sentido o autor aduz “*en la internalización y fortalecimiento de los valores plasmados en las normas jurídico-penales en la conciencia de los ciudadanos*” GUIRAO, Rafael Alcácer. Los fines del Derecho Penal. Una aproximación desde la filosofía política. In: **Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales**, 1998, p. 392.

<sup>168</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 221.

<sup>169</sup> ROXIN, Claus. **Derecho Penal Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Madrid: Editorial Civitas, S. A., 1997, p. 92.

proibição deve ser fixado exatamente se o cidadão deve estar motivado para se distanciar de um determinado comportamento<sup>170</sup>.

A concepção de prevenção geral positiva se encaixa na ótica de Welzel segundo a qual “o verdadeiro fundamento da punição estatal reside na sua indispensabilidade para manter a ordem da comunidade”<sup>171</sup> e manter a existência da ordem jurídica.

Fato é que a pena é inegavelmente um mal necessário, porquanto suprime bens jurídicos, conforme já estudado. Dito isso, tanto nas teorias absolutas quanto relativas a pena como mal necessário é um fato que não muda. Essa é a principal crítica às teorias relativas, uma vez que elas não levam em consideração a indissociabilidade da ideia de mal que a pena compreende.

Além das diversas críticas já apontadas por Ferrajoli (possui críticas para ambas as vertentes), Roxin (prefere a prevenção geral à prevenção especial), Feuerbach (possui críticas sobretudo à prevenção especial) e Welzel (igualmente critica a prevenção especial), o principal equívoco apontado às teorias relativas é a confusão entre justificação interna e externa, as teorias relativas invertem a sequencia lógica, se baseiam no por que se pune (justificação externa) antes mesmo de enfrentar quando se pune (justificação interna).

### 6.3 Teorias unificadoras

Por fim e, sem esgotar as teorias levantadas, a teoria unificadora, mista, eclética ou ainda, teorias da união, visa unificar o conceito das demais teorias. Adotada pelo Direito Penal Brasileiro<sup>172</sup>, a teoria mista visa unificar a retribuição do mal causado e a prevenção à ocorrência de novos males em uma teoria única.

Bitencourt explica que as teorias unificadoras “partem da crítica às soluções monistas, ou seja, às teses apresentadas pelas teorias absolutas ou relativas da

<sup>170</sup> ROXIN, Claus, op. cit. loc. cit.

<sup>171</sup> WELZEL, Hans. **Derecho penal Parte General**. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956, p. 235.

<sup>172</sup> Conforme defendido pela doutrina majoritária em observação ao que dispõe o ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo no artigo 59 do Código Penal. Nesse sentido Zaffaroni afirma que “são as mais usualmente difundidas na atualidade” ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro**. 9ª ed. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 113. Juarez Tavares, contudo, possui posicionamento no sentido de que o Brasil adota a teoria dialética unificadora da pena, já que prepondera na cominação da pena um caráter preventivo geral e na aplicação o caráter preventivo especial positivo e negativo e no momento da execução da pena a função preventiva especial positiva.

pena<sup>173</sup>” e, diante dessa necessidade de adaptação é que passam a se desenvolver melhorar as referidas teorias.

A teoria unificadora compreende a pluralidade funcional da pena e diferencia seu fundamento e seu fim. Na teoria unificadora, a pena não pode se fundamentar em nada além do próprio delito.

Segundo Mir Puig, as teorias mistas ou unificadoras atribuem ao Direito Penal uma função de proteção à sociedade e é a partir dessa base que as correntes doutrinárias se diversificam. Mir Puig distingue duas direções: de um lado, a posição conservadora, representada pelo Projeto Oficial do Código Penal Alemão de 1962, caracterizada pelos que acreditam que a proteção da sociedade deve ter como base a retribuição justa e, na determinação da pena, os fins preventivos desempenham um papel exclusivamente complementar, sempre dentro da linha retributiva; de outro lado, surge a corrente progressista, materializada no chamado Projeto Alternativo Alemão, de 1966, que inverte os termos da relação: o fundamento da pena é a defesa da sociedade, ou seja, a proteção de bens jurídicos, e a retribuição corresponde à função apenas de estabelecer o limite máximo de exigências de prevenção, impedindo que tais exigências elevem a pena para além do merecido pelo fato praticado. Nesse sentido é possível deduzir que as teorias unificadoras aceitam a retribuição e o princípio da culpabilidade como critérios limitadores da intervenção da pena como sanção jurídico-penal. A pena não pode, pois, ir além da responsabilidade decorrente do fato praticado<sup>174</sup>.

Vale lembrar que “uma de suas manifestações é o lema seguido pela jurisprudência alemã: prevenção geral mediante retribuição justa<sup>175</sup>”, assim, a teoria unificadora da pena visa a reprovação e prevenção do crime, visando superar os problemas deixados pelas teorias absolutas e relativas.

O Brasil adota a teoria unificadora da pena, o que pode ser observado com a leitura do artigo 59 do Código Penal e do artigo 1º da LEP. Dispõe o artigo 59 do Código Penal Brasileiro que

“Art. 59 CP - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para **reprovação e prevenção** do crime:  
I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;  
II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;  
III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;  
IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível<sup>176</sup>”.

<sup>173</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 21ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 155.

<sup>174</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 21ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 156.

<sup>175</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro**. 9ª ed. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 113.

<sup>176</sup> BRASIL, 1984.

Dispõe o artigo 1º da LEP que “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado<sup>177</sup>”.

Ocorre, contudo, que apesar do Brasil adotar a teoria unificadora da pena, o discurso jurídico-penal dela proveniente não cumpre com nenhuma das suas funções, nem previne o delito e tampouco reprovava a conduta criminosa (na medida em que a reincidência aumenta exponencialmente no País, conforme se observa no capítulo oito).

Para Ferrajoli, as teorias ecléticas buscam combinar o fundamento moral das teorias absolutas e o utilitário das teorias relativas. Trata-se, na realidade, de teorias relativas ou utilitaristas que, por um equívoco teórico, confundem a justificação da pena com o princípio retributivo do caráter consecutivo da pena em relação ao delito<sup>178</sup>.

Roig rechaça a aplicação dessa teoria, segundo ele, tratam-se de objetivos opostos e incompatíveis, uma vez que a Constituição brasileira não aportou qualquer discurso legitimador da pena, ela visa, na realidade, a imposição de limites ao poder punitivo e não o seu alargamento e daí a incompatibilidade do que determina o artigo 59 do Código Penal com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988<sup>179</sup>. Roig, nesse sentido, defende que a Constituição não recepciona o que preceitua o Código penal, as propostas do autor serão estudadas mais adiante.

A maior crítica do presente trabalho está pautada no fato de que a teoria unificadora da pena não passa de um discurso utilizado para fins legitimantes, não ultrapassa o campo teórico e daí dizer que suas promessas são meros sofismas.

### 6.3.1 Teoria dialética unificadora

A teoria unificadora enfrenta alguns problemas, sobretudo o de fracassar na tentativa de sanar os defeitos das teorias que a antecede. Roxin atribui esse insucesso ao fato de que “a mera adição não somente destrói a lógica imanente à concepção,

---

<sup>177</sup> BRASIL, 1984.

<sup>178</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 231.

<sup>179</sup> ROIG, Rodrigo Duque Estrada **Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros**. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 116.

como aumenta o âmbito de aplicação da pena, a qual se converte assim num meio de reação apto para qualquer realização<sup>180</sup>.

A teoria unificadora é a soma das concepções anteriores, Roxin explica que em um exame crítico das teorias da pena nenhuma delas resiste à crítica e, a teoria unificadora, ao invés de superar os pontos débeis, se resume em combinar as versões em si, de onde emerge o seu maior problema.

Como alternativa a esses problemas, o autor propõe uma teoria unificadora dialética, que se distingue da teoria da unificação por adição pelo seu ponto de vista metodológico e pelo seu conteúdo.

Uma teoria unificadora dialética, como a que aqui se defende, pretende evitar os exageros unilaterais e dirigir os diversos fins da pena para vias socialmente construtivas, conseguindo o equilíbrio de todos os princípios, mediante restrições recíprocas. Também neste ponto podemos apontar como exemplo a ordem política do Estado: as melhores constituições são aquelas que, através da divisão de poderes e de um sistema ramificado de outros controlos ao poder, integram no seu direito todos os pontos de vista e proporcionam ao particular o máximo de liberdade individual; a melhor constituição económica é a reunião dos princípios do estado social e do liberal. E o mesmo vigora para o Direito Penal, que serve igualmente a ordem comunitária no seu respectivo âmbito: a ideia de prevenção geral vê-se reduzida à sua justa medida pelos princípios da subsidiariedade e da culpa, assim como pela exigência de prevenção especial que atende e desenvolve a personalidade. A culpa não justifica a pena por si só, podendo unicamente permitir sanções no domínio do imprescindível por motivos de prevenção geral e enquanto não impeça que a execução da pena se conforme ao aspecto da prevenção especial. E, como vimos, de igual forma a totalidade dos restantes princípios preservam a ideia de correção dos perigos de uma adaptação forçada que violasse a personalidade do sujeito<sup>181</sup>.

A teoria parte da ideia de diferenciação entre os fins de Direito Penal e da pena. Roxin defende que o fim da pena deve ser no sentido de prevenir delitos para alcançar a proteção da liberdade individual e do sistema social que justificam as normas penais.

O jurista alemão faz algumas proposições diversas do que ele chama de teoria da unificação por adição, segundo ele, a teoria dialética unificadora, diversamente das demais teorias, deverá adotar a prevenção geral e especial com certos limites, ou seja, equilibrando essas duas finalidades.

Ele propõe que a pena atenda ao fim ressocializador apenas quando seja possível estabelecer uma cooperação com o condenado, sendo inadmissível forçá-lo (prevenção especial) e também entende que a pena projetará seus efeitos sobre a

---

<sup>180</sup> ROXIN, Claus. Sentidos e limites da pena estatal. In: **Problemas fundamentais de direito penal**. Tradução de Ana Paula dos Santos e Luis Nastscheradetz. 3ª ed. Lisboa: Vega, 2004, p. 26.

<sup>181</sup> Ibidem, p. 44.

sociedade (prevenção geral), demonstrando a eficácia das normas e motivando os cidadãos a não as infringir, esse reforço da confiança tem como escopo a pacificação social<sup>182</sup>.

Em hipótese de conflito entre uma prevenção e outra deverá prevalecer a finalidade preventivo-especial, como “garantia individual indicativa da redução da quantidade de pena, frente às finalidades preventivo-gerais que, normalmente, conduzem a um aumento de pena<sup>183</sup>”

Não obstante a defesa da primazia da prevenção especial frente à prevenção geral, Roxin estabelece que tal ponto é limitado, a pena para ele, apesar de poder ser reduzida, não poderá reduzir-se a ponto de tornar a sanção ínfima e inútil para o reestabelecimento da confiança social<sup>184</sup>.

Além disso, Claus Roxin rejeita o caráter retributivo da pena, para ele a pena “não tem essência alguma independente de seus fins, ao contrário, essa essência se determina mediante o fim que se queira alcançar<sup>185</sup>”, essa rejeição acarreta consequências quanto à culpabilidade. Assim, a culpabilidade deixa de vincular-se a retribuição e passa a integrar o papel limitador da pena. Assim se consolida a máxima de que a pena adequada a culpabilidade poderá ser reduzida, mas jamais aumentada, tendo em vista que a culpabilidade representa seu limite máximo.

Essa teoria, assim como as demais, não está livre de críticas. A maior delas reside na questão do esvaziamento do conteúdo material da culpabilidade que ela promove, relativizando a sua importância na medida da pena<sup>186</sup>.

---

<sup>182</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 21ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 157.

<sup>183</sup> *Ibidem*, p. 158.

<sup>184</sup> ROXIN, Claus. Sentidos e limites da pena estatal. *In: Problemas fundamentais de direito penal*. Tradução de Ana Paula dos Santos e Luis Nastscheradetz. 3ª ed. Lisboa: Vega, 2004, p. 97.

<sup>185</sup> *Ibidem*, p. 99.

<sup>186</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 21ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 159.

## 7. PARADIGMA DO DESVIO E CRÍTICA AO SISTEMA DE PENAS

Conforme visto, com a difusão da criminologia nasce a seguir um lugar de interdisciplinaridade com a Política Criminal e o Direito Penal, surgirá o que Von Liszt chamou de ciência total do Direito Penal no século XIX.

Pode-se dizer que o Direito Penal, a Criminologia e a Política Criminal são saberes que se relacionam. O Direito Penal é o saber normativo, a criminologia é o saber empírico (que buscará as causas e mecanismos de prevenção do que é normativamente entendido como crime pelo Direito Penal), enquanto a Política Criminal se consolida nos juízos de valor que permitem a criminalização, essa é a razão pela qual o estudo inter-relacionado desses saberes não pode ser afastado.

Com o avanço às teorias sociológicas, passa-se a estudar as ideias e proposições da psicologia, as explicações sociológicas conflituais, a interação simbólica e sobretudo as construções teóricas da Escola de Chicago, nos Estados Unidos.

A criminologia avança do seu conceito tradicional que antes abordava uma orientação repressiva e alcança uma orientação prevencionista (moderna), a análise puramente etiológica avança para uma análise de reação ao delito e seus processos de criminalização.

Os estudos norte-americanos baseados no interacionismo no século XX reconhecem a superação do paradigma ontológico pelo paradigma do desvio, dando a criminologia uma nova roupagem, que se afirma no século XXI como produto de uma ciência totalmente independente do Direito Penal.

As críticas produzidas pela sociologia norte americana trouxeram consequências práticas à criminologia, o que permitiu seu estudo conjunto com a política criminal, identificando-as. A primeira seria parte da segunda, não havendo, assim, criminologia sem política.

Zaffaroni ensina que “não faria sentido distinguir criminologia e política criminal, já que não poderia mais ser definida como política estadual de combate ao crime, mas se tornaria a ideologia política que norteia o controle social punitivo<sup>187</sup>”. Segundo o jurista argentino, no contexto periférico de poder mundial, é muito claro que as ciências sociais são marcadas e condicionadas pelo poder político, nas majorias latino-

---

<sup>187</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Criminologia. Aproximacion desde una margen**. Buenos Aires: Temis, 1988, p. 21.

americanas, a manipulação ideológica é evidente e essa seria uma razão pela qual a criminologia e a política criminal devem trabalhar em conjunto.

A política criminal é a atividade que orienta o controle social punitivo e, a partir desse estudo conjunto surgirá uma nova perspectiva de estudos, contraposta à criminologia positivista abordada no capítulo cinco e consolidando, dessa forma, uma mudança ideológica e científica.

O estudo sistemático do comportamento social é que dará azo ao surgimento dessas novas perspectivas. Tais estudos se fecundaram no século XX, diante dos problemas sociais decorrentes da industrialização e da urbanização ainda no início do século.

Com o surgimento do interacionismo simbólico, surge também um novo ponto de partida para o estudo da socialização e da famigerada ressocialização. Concebido de diversas matizes teóricas, o interacionismo significará, em linhas gerais, uma forma de compreensão da interpretação dos objetos e das pessoas em suas interações e como esse processo estimula o comportamento em determinadas situações.

A Escola de Chicago foi, sem sombra de dúvidas o principal ambiente de desenvolvimento do interacionismo, nada obstante a complexidade da sua origem e suas variantes.

Carvalho; Borges e Rêgo<sup>188</sup> ensinam que as duas principais variantes do interacionismo simbólico são representadas pelas Escolas de Chicago e Iowa, ambas têm em comum as concepções de Mead e compreendem que o importante da conduta é o seu significado.

No entanto, enquanto a Escola de Chicago (interacionismo clássico) adota, de um lado, pressupostos básicos elaborados por Herbert Blumer, a Escola de Iowa adota, de outro lado, pressupostos básicos elaborados por Manford Kuhn. As principais diferenças entre a primeira e a segunda são que a Escola de Chicago (Herbert Blumer) preferia abordagens fenomenológicas, a lógica da descoberta, enquanto a Escola de Iowa preferia abordagem operacional, a lógica da verificação.

Kuhn era favorável as variáveis empregadas para testar proposições empíricas, “Blumer, por sua vez, fazia objeção a esse tipo de operacionalização por acreditar que

---

<sup>188</sup> CARVALHO; BORGES; RÊGO. **Interacionismo Simbólico: Origens, Pressupostos e Contribuições aos Estudos em Psicologia Social**. v. 30 n.1 Brasília: 2010, p. 156.

a realidade social não poderia ser percebida por meio de tais procedimentos<sup>189</sup>. Nas interações, a Escola de Chicago admite a interação simbólica e não simbólica (como gestos), enquanto a Escola de Iowa aborda somente os aspectos cognitivos e não afetivos do comportamento.

Os significados dessas interações são criadores ativos da vida social, resultado de uma abordagem da psicologia social contemporânea.

### 7.1 Interacionismo simbólico e a construção de um estereótipo

O interacionismo simbólico nasce nos Estados Unidos na década de 60 a partir da ideia de que a intervenção na esfera criminal pode acentuar a criminalidade, o objetivo é conhecer os processos sociais de definição do crime e do criminoso, um processo de etiquetamento ou rotulação do criminoso e de determinados comportamentos enquanto delito<sup>190</sup>.

A compreensão do interacionismo simbólico não se baseia em critérios normativos, mas em pressupostos como o *mind* (percepção a partir da mente) e o *self* (substância), fatores que levam em conta as dimensões social e coletiva, construídos a partir da psicologia social, assimilados na escola de Chicago<sup>191</sup>. Daí dizer que os conceitos sociais são construídos a partir de interações, que geram interpretações que vão além do símbolo.

Lola Anyar de Castro ensina que a criminologia interacionista se baseia em um critério relativístico de conhecimento. A realidade existe na medida em que é identificada e definida. Trata-se de uma construção social, produto do que acontece nas relações interpessoais e grupais. O importante não é porque alguém se torna um delinquente, mas saber quem define e como se define o crime e como alguém é referido como criminoso<sup>192</sup>.

Nesse sentido os estudos do *labelling approach* possibilitaram a quebra do paradigma positivista e a construção do paradigma da reação social<sup>193</sup>, a partir de onde

<sup>189</sup> Ibidem, p. 157.

<sup>190</sup> Autores como Álvaro Garrido, Schweiger, & Torregrosa, 2007; Blanco, 1988; Haguette, 1995; Joas, 1999; Trezza, 2002) consideraram, de forma unânime, as contribuições advindas das obras de clássicos da Escola de Chicago como Charles Cooley, John Dewey, William Thomas e, sobretudo, George Mead, considerado o principal precursor e inspirador do movimento interacionista. CARVALHO; BORGES; RÉGO. **Interacionismo Simbólico: Origens, Pressupostos e Contribuições aos Estudos em Psicologia Social**. v. 30 n.1 Brasília: 2010, p. 148

<sup>191</sup> Idem. Ibidem. p. 148

<sup>192</sup> ANIYAR DE CASTRO, Lola. **El movimiento de la teoría criminológica y evaluación de su estado actual**. In: Anuario de derecho penal y ciencias penales, fasc. 3, 1983.p. 553.

<sup>193</sup> BRANDÃO, Cláudio. Poder e Seletividade: Os Processos de Criminalização na América Latina e os seus impactos na crise do discurso penal. **Caderno de Relações Internacionais**, vol. 10, no 18, jan-jun. 2019, p. 299.

se estuda a realidade latino-americana (modernidade periférica) dentro de sua diversidade no que concerne à modernidade central, trabalhando fatores extrapenais, ou seja, que vão além da ciência penal e do “*locus normativo*”<sup>194</sup> e alcança a política criminal aliada à criminologia.

Não há igualdade perante a lei no contexto prático, daí se reconhece a construção de um estereótipo. Tanto os bens jurídicos protegidos quanto os infratores são vistos de distintos pontos de vista e interesses pelos membros da comunidade e conseqüentemente tratados de maneira desigual. Nesse contexto, Aniyar de Castro ensina que a delinquência e o delito são uma construção social<sup>195</sup>.

Partindo dessas considerações iniciais, dado que o delito e a delinquência nascem de uma construção social, não se pode importar uma legitimação do poder de outras realidades senão aquela em que o poder se impõe, por isso a necessidade de observar o contexto latino-americano dentro da sua realidade local, na medida em que o discurso jurídico-penal utilizado é falso.

Os processos de criminalização no Brasil e na América Latina tem características próprias e que, muitas das vezes, não se encaixam perfeitamente no modelo criminológico estruturado pela modernidade central. No entanto, há de se ressaltar que não se deve abandonar tais estudos e compreensões. Eles podem e devem ser trabalhados pelos estudiosos do Direito penal e da política criminal dos países periféricos, porém, adaptados às peculiaridades.

Zaffaroni diz que, dessa forma, “é absurdo pretender nacionalizar qualquer ordem de conhecimentos”<sup>196</sup>, de onde passa a indagar se a criminologia crítica acadêmica é uma importação teórica alheia à realidade dos sistemas penais latino-americanos, ou se as suas contribuições teriam validade universal e atemporal<sup>197</sup>. Claramente é possível observar a incidência da primeira indagação na realidade latino-americana.

O interacionismo simbólico dá lugar a um novo paradigma, deslocando o delinquente como centro de interesse e transferindo-o para o sistema penal, demonstrando que as etiologias anteriores eram falsas, pois, deixando de fora o aparato institucional repressivo, elas assumiam tacitamente que funcionavam de maneira natural. Surge a partir de então uma mudança de objeto, uma “virada copernicana da criminologia acadêmica”, tendo como

---

<sup>194</sup> Expressão utilizada por Brandão. *Ibidem*, p. 298.

<sup>195</sup> ANIYAR DE CASTRO, Lola. **El movimiento de la teoría criminológica y evaluación de su estado actual**. In: Anuario de derecho penal y ciencias penales, fasc. 3, 1983.p. 553.

<sup>196</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Dos Santos, Ílison Dias. **A nova crítica criminológica: criminologia em tempos de totalitarismo financeiro**. 1ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 34.

<sup>197</sup> *Ibidem*, p. 39.

principais expoentes as venezuelanas Lola Aniyar de Castro (1937-2015) e Rosa dei Olmo (1937-2000)<sup>198</sup>.

Neste panorama temos uma instância criticada justamente por se utilizar de um paradigma não harmônico: o desvio pelo saber penal constituído. A América Latina não constituiu a Modernidade e se formou a partir de maneiras ocultas de dominação, de onde nasce a teoria crítica do controle social de Lola Aniyar de Castro, que defende a quebra da ideologia de falsa consciência do crime e do criminoso a fim de desnudar a legitimação ideológica dos sistemas de dominação, precipuamente na dogmática penal.

Não se pode tratar da mesma forma realidades diversas: centro e margem do poder. Dessa forma, merece relevo o estudo das agências<sup>199</sup> de poder, as quais possuem um papel importante no processo de criminalização e que revelam a seletividade do sistema, fruto de um processo de escolha e que constituem a conhecida crise do Direito Penal. Seletividade essa presente em ambos os cenários, da modernidade central e também da modernidade periférica, mais acentuada, contudo, nessa última.

Em função do estudo da realidade política, não haverá separação entre criminologia e política criminal, pois todo conhecimento que o objeto da criminologia traz é colocado em função de uma realidade política, conforme ensina Zaffaroni. Então, o objeto de estudo não será o estudo lógico da norma, mas o estudo político a partir de um conhecimento pós-positivista que traz reflexos à política criminal.

Na margem do poder, o exercício do poder penal acarreta uma carga adicional de violação de bens jurídicos e sofrimentos não previstos pela norma e contra o que a própria norma diz. A criminalização primária cria as normas em consonância com os ditames dos Direitos Humanos para legitimar a prisão, mas essas não são obedecidas, posto que a criminalização secundária direciona a ação punitiva de maneira seletiva, exercido precipuamente pela agência policial<sup>200</sup> em face de um cliente estereotipado.

---

<sup>198</sup> Ibidem, p. 39.

<sup>199</sup> Termo proposto por Zaffaroni, que significa “entes que atuam”. ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Criminologia. Aproximacion desde una margen**. Buenos Aires: Temis, 1988.

<sup>200</sup> Nesse sentido, Brandão elucida que o papel da agência policial no sistema penal brasileiro na construção do estereótipo do criminoso é de protagonismo. BRANDÃO, Cláudio. Poder e Seletividade: Os Processos de Criminalização na América Latina e os seus impactos na crise do discurso penal. **Caderndo de Relações Internacionais**, vol. 10, no 18, jan-jun. 2019, p. 313.

Importante salientar que o primeiro passo para que ocorra a seletividade penal ocorre com a criminalização primária, pois, ainda que em um nível abstrato, haverá uma escolha do que será criminalizado. Por conseguinte, as estatísticas criminais desconstroem a falácia dos discursos penais e revelam a dominação e manutenção de um status de seleção, de onde nasce o cliente estereotipado do sistema penal.

Para exemplificar, a violação de direito autoral é um dos delitos mais praticados no mundo, mas não está nas estatísticas criminais, porquanto tal delito não é objeto de persecução penal pelas agências de controle, de onde é possível observar a seletividade<sup>201</sup>. A construção social é desnudada, a imputação da criminalidade passa a ocorrer por meio dessas interações, de onde se extrai um bem negativo<sup>202</sup>: o estigma social que torna alguns indivíduos clientes do sistema penal.

De um total de 620.583 presos no Brasil, verifica-se 278.809 crimes contra o patrimônio e 176.691 crimes referentes à lei de drogas, totalizando 455.520 delitos que formam 73,40% do número de delitos concentrados em dois bens jurídicos. Assim, se verifica a principal clientela do sistema: a população vulnerável economicamente<sup>203</sup>.

Dessa maneira, o falso discurso jurídico-penal latino-americano majora as diferenças sociais e se constitui de um “arcabouço normativo” que permite a construção do cliente do sistema penal.

Como visto, as críticas produzidas pela sociologia norte americana trouxeram consequências para a criminologia que vincularam, posteriormente, criminologia e política criminal, identificando-as, a primeira é parte da segunda. Não há criminologia sem política, a primeira consequência que substitui o paradigma ontológico diz respeito a subordinação da criminologia ao desvio criminal.

Observa-se ainda, uma segunda influência metodológica, a criminologia não será empírica apenas, mas realizará também juízos de valor a partir do momento em que rechaça o caráter ontológico do crime e analisa o desvio – que é, como visto,

---

<sup>201</sup> BRANDÃO, Cláudio. Poder e Seletividade: Os Processos de Criminalização na América Latina e os seus impactos na crise do discurso penal. **Caderndo de Relações Internacionais**, vol. 10, no 18, jan-jun. 2019, p. 302.

<sup>202</sup> BARATTA, Alessandro. Observaciones sobre las funciones de la carcel en la produccion de las relaciones sociales de desigualdad. **Nuevo foro penal**, n.15, 1982, p. 740.

<sup>203</sup> BRANDÃO, Cláudio. Poder e Seletividade: Os Processos de Criminalização na América Latina e os seus impactos na crise do discurso penal. **Caderndo de Relações Internacionais**, vol. 10, no 18, jan-jun. 2019, p. 311.

valiosamente construído. Assim, a ideia de desvio é valorativa, normativa e interdisciplinar.

A terceira influência é na política criminal, posto que a criminologia e a política criminal são complementares, sobretudo na realidade marginal. A criminologia se debruça sobre mecanismos acerca da contenção da violência exercida pelo sistema penal<sup>204</sup>.

É possível chegar a conclusão de que foram “os estudos de sociologia criminal, contrapostos à criminologia positivista, que impuseram uma nova dimensão à criminalidade<sup>205</sup>”. Em um paralelo entre interacionismo simbólico e a construção de um estereótipo, a influência do interacionismo simbólico na construção do cliente do sistema penal está na ideia de que as interações deixam marcas porque constroem paradigmas exteriores ao sujeito. A figura do estereótipo é o produto das interpretações entre as relações sociais, de onde se extrai o bem negativo.

Nesse sentido Alessandro Baratta vai dizer que a criminalidade seria “um “bem negativo” distribuído socialmente em processos protagonizados por sujeitos-autores de comportamentos definidos como desviantes e sujeitos-detentores do poder de definir tais comportamentos como desviantes”<sup>206</sup>. As relações entre as pessoas moldam a figura do destinatário, do cliente do sistema, o que vai condicionar tanto a ação primária quanto a ação secundária. É a compreensão que se pode chegar por intermédio do interacionismo.

Dizer que a figura do estereótipo retroalimenta a ação primária e a ação secundária significa que o papel do estereótipo não será criado nem propriamente pela atividade primária e nem propriamente pela atividade secundária, mas a partir de um conjunto de interações que tendo uma seleção marcante da atividade secundária condicionará o que a atividade primária elegerá na elaboração lógico típica. Esse produto das interações é a relação entre o interacionismo simbólico e o estereótipo.

---

<sup>204</sup> Esse sistema, contudo, é equívoco, pois um sistema é a harmonização de distribuição de tarefas e as agências de poder agem de forma contraditória entre si.

<sup>205</sup> BRANDÃO, Cláudio. Poder e Seletividade: Os Processos de Criminalização na América Latina e os seus impactos na crise do discurso penal. **Caderndo de Relações Internacionais**, vol. 10, no 18, jan-jun. 2019, p. 304.

<sup>206</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal**. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 12.

Assim, o paradigma do desvio permite alcançar o caminho que leva até mais um elo da crítica ao sistema de penas, não há igualdade, senão seletividade escancarada pelo contexto pragmático que ocasiona a famigerada crise do sistema penal, a seguir discutida.

## 8. CRISE DO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

Muito se discutiu e se discute a respeito do papel do Direito Penal e da pena no ordenamento jurídico brasileiro, fato é que o *ius puniendi* estatal deve ser limitado pelo Direito Penal e por intermédio da pena em sua acepção teleológica.

Nesse ponto, as teorias da pena se fazem necessárias na medida em que funcionam como unidades de sentido na formação do sistema de delito, o que permite valorar a legitimidade de aspectos concretos, tal como a argumentação sobre a lei<sup>207</sup>.

Contudo, embora o Direito Penal Brasileiro adote a teoria unificadora da pena, (também conhecida como mista, eclética, unitária, e da união) e pregue o discurso das finalidades preventiva e retributiva, não é isso o que ocorre na *práxis* dos presídios brasileiros, o que acarreta a discussão acerca da legitimidade do sistema penal.

A Lei de Execuções Penais tem como um de seus objetivos “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado<sup>208</sup>”, o que significa que, a pena deve ser apta a punir e prevenir delitos, sendo essa a sua fundamentação externa de legitimação, o que não passa de uma falácia.

O que se vislumbra no cenário prático é a pena em seu caráter meramente retributivo, absoluto, com justificação em si mesma, que não raras vezes priva a liberdade e atinge o mínimo existencial do indivíduo, acarretando, além do afastamento social e a busca por neutralização, a supressão de direitos e garantias diversos da privação da liberdade e outras penas legais. É preciso reconhecer que a prisão tem sido sempre, em oposição a seu modelo teórico e normativo, muito mais do que a privação de um tempo abstrato de liberdade<sup>209</sup>.

Quer dizer, a pena na prática acaba se tornando ilícita na medida em que ofende direitos e garantias além dos limites e preceitos constitucionalmente permitidos.

Assim, “na América Latina, observa-se que mais do que um espaço voltado à contenção e neutralização do criminoso a prisão é um espaço de extermínio da pessoa presa<sup>210</sup>”. Nesse sentido, Zaffaroni,

<sup>207</sup> PLANAS, Ricardo Robles. Estudos de dogmática jurídico-penal: Fundamentos, teoria do delito e Direito Penal econômico. In: BRANDÃO, Cláudio. **Coleção Ciência Criminal Contemporânea**, vol. 6. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p.34.

<sup>208</sup> Conforme dispõe o artigo 1º da Lei de Execução Penal.

<sup>209</sup> FERRAJOLI, Luigi, op. cit. p. 331.

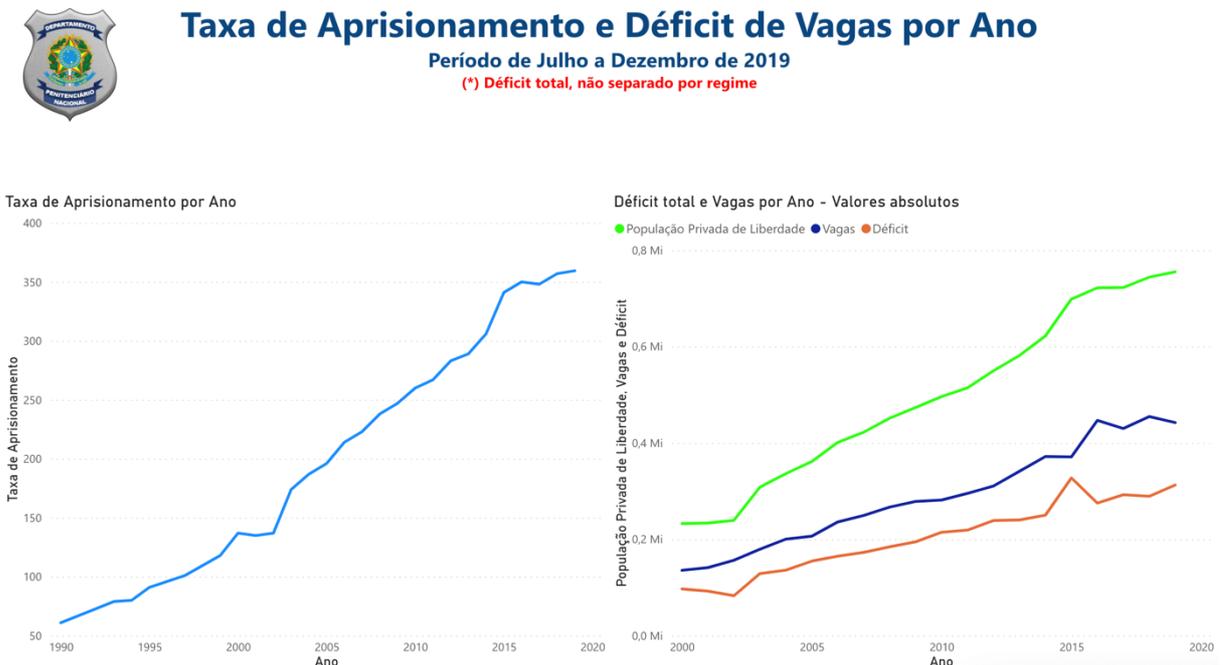
<sup>210</sup> ALEIXO, Klelia Canabrava; PENIDO, Flávia Ávila. **Execução penal e resistências**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 28.

O poder punitivo sempre discriminou os seres humanos e lhes conferiu um tratamento punitivo que não correspondia à condição de pessoas, dado que os considerava apenas como entes perigosos ou daninhos. Esses seres humanos são assinalados como inimigos da sociedade e, por conseguinte, a eles é negado o direito de terem suas infrações sancionadas dentro dos limites do Direito Penal liberal, isto é, das garantias que hoje o direito internacional dos direitos humanos estabelece universal e regionalmente<sup>211</sup>.

O caráter preventivo da teoria unificadora da pena adotada pelo Direito Penal Brasileiro não é exercido, razão pela qual tornou-se um discurso falacioso utilizado em busca de legitimar o direito de punir. Segundo dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN, a população carcerária do Brasil aumentou consideravelmente desde a última década, assim como o índice de reincidência dos encarcerados.

O aumento do número de presos está acima do crescimento populacional, o percentual é de 167,23% de aumento nos últimos quatorze anos<sup>212</sup>. Em 2017, de 423.242 vagas, haviam 726.242 presos, o déficit de vagas chega a 303.112<sup>213</sup>.

Gráfico 1 – Taxa de aprisionamento e déficit de vagas



Fonte: INFOPEN 2019<sup>214</sup>

<sup>211</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 11.

<sup>212</sup> BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**. Brasília: INFOPEN, 2017.

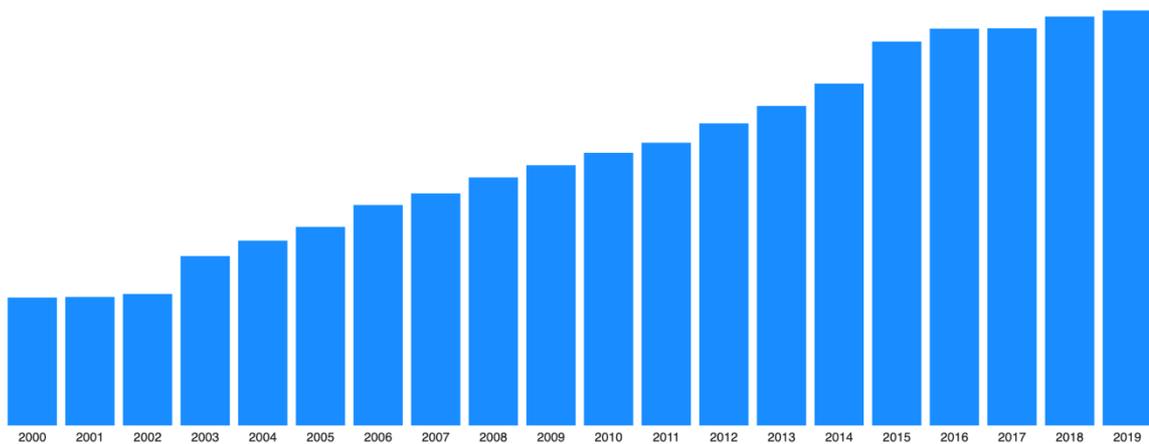
<sup>213</sup> BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**. Brasília: INFOPEN, 2017a, p. 22.

<sup>214</sup> BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**. Brasília: INFOPEN, 2019. Todas as informações podem ser acessadas por meio do link

A taxa de aprisionamento e déficit de vagas por ano mostra que se mantém o problema do déficit de vagas enquanto a quantidade de presos só cresce no Brasil, esse crescimento populacional prisional é melhor elucidado no gráfico a seguir.

Gráfico 2 – População privada de liberdade ao longo dos anos

População Privada de Liberdade por Ano



Fonte INFOPEN 2019

No ano 2000 o INFOPEN informa uma quantidade de 232.755 presos. Em 2001 o número sobe para 233.859; em 2002 a quantidade atinge 239.345 presos; em 2003, a maior taxa de crescimento, alcança o número de 308.304 presos; em 2004 336.358; em 2005, 361.402 presos; em 2006 atinge a marca de 401.236; em 2007, 422.373; em 2008, 451.429; em 2009, 473.626.

Em uma década, no ano 2010, já atingia quase meio milhão de presos, o número era de 496.251; em 2011, atinge um total de 514.582 pessoas encarceradas; em 2012, 549.786; em 2013, 581.507 presos; em 2014, aumenta consideravelmente para 622.202 presos; em 2015, um novo aumento acentuado atinge 698.618 presos; em 2016, 722.120; em 2017<sup>215</sup>, 722.716; em 2018, 744.216; em 2019, 755.274 presos no Brasil, o percentual pode ser visualizado no gráfico seguinte.

<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiazWI2MmJmMzYtODA2MC00YmZiLWI4M2ItNDU2ZmlyZjFjZGQ0IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>

<sup>215</sup> Foi observado que os dados para o ano de 2017 divergem entre as informações prestadas naquele mesmo ano e no ano de 2019, o INFOPEN informa que em 2017 havia um total de 726.242 presos (BRASIL, 2017a, p.22), já em 2019 o INFOPEN informa que haviam 722.716 presos (BRASIL, 2019).

Gráfico 3 – Percentual de crescimento populacional ao longo dos anos



## Crescimento Populacional

Período de Julho a Dezembro de 2019

Crescimento populacional																		
2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
0,4743%	2,3459%	28,8115%	9,0995%	7,4456%	11,0221%	5,2680%	6,8792%	4,9171%	4,7770%	3,6939%	6,8413%	5,7697%	6,9982%	12,2815%	3,3641%	0,0825%	2,9749%	1,4859%

Crescimento da população anual



Fonte: INFOPEN 2019

A taxa de crescimento populacional nas prisões, apesar de algumas oscilações, cresce a cada dia, com um aumento do número de presos acima do crescimento populacional e a ausência de atuação estatal no que tange ao problema, a questão se tornou um estado de crise, ou Estado de Coisas Inconstitucional, como ficou constatado na Arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF 347, que reconheceu a violação generalizada de direitos fundamentais das pessoas em privação de liberdade.

A política criminal da atualidade é um dos fatores que contribuem para esse fenômeno, a pena vem assumindo um papel inverso do que se propõe, não previne delitos, mas propicia um ambiente de “estado de exceção”, em que há uma suspensão da ordem jurídica e violação de direitos, que estimulam o aperfeiçoamento criminal, onde os indivíduos aprendem novas formas de aprimorar o *modus operandi* do crime, saindo do cárcere mais marginalizados que outrora.

Nessa seara, a prisão “cria dispositivos de autoimunização a partir da consolidação de uma racionalidade carcerocêntrica<sup>216</sup>”. Assim, “o encarceramento das pessoas, ao contrário do que deveria fazer, embrutece, dessocializa. Não há

<sup>216</sup> CARVALHO apud ALEIXO, Klelia Canabrava; PENIDO, Flávia Ávila. **Execução penal e resistências**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2018, p. 214.

aprendizado, exercício de atividade laborativa, enfim, não há um processo gradual de reinserção no grupo social”<sup>217</sup>, embora seja essa a promessa do discurso ressocializador.

Os presídios brasileiros não apresentam sequer uma política de provisão de vagas de trabalho, não obstante essa ser uma constante demanda da sociedade, que cobra dos encarcerados o exercício de atividades laborativas.

Dispõe a Lei de Execução Penal que o trabalho é obrigatório – à exceção do preso provisório e da condenação por crime político. Apesar dessa regra, o Estado não dispõe de uma política de provisão de vagas para o trabalho do preso, 55% das vagas de trabalho ocupadas são obtidas por meios próprios pelas pessoas em privação de liberdade, já que o estado não oferece essas vagas ao custodiado<sup>218</sup>.

Mister destacar ainda, que o trabalho é um meio de remição da pena<sup>219</sup> e que não há outras razões que justifiquem a ausência de atividades laborativas senão o “estado de exceção” que representa o sistema carcerário.

Sobre o estado de exceção, Aleixo e Penido esclarecem que, “a permanência da suspensão e violação de direitos no âmbito da execução penal denota a condição de campo no qual não se questiona a ilegalidade dos atos praticados<sup>220</sup>”, esse espaço torna-se estável, contínuo e conseqüentemente uma regra.

Ainda, o Direito Penal é seletivo, a pena só intimida as classes menos favorecidas, além de incentivar o aperfeiçoamento criminal do delinquente ao estabelecer o maior nível de elaboração delituosa como regra de sobrevivência para quem delinque, a pena não tem efeito dissuasivo, mas propulsor de maior elaboração delituosa<sup>221</sup>.

Essa seletividade do Direito Penal também pode ser observada por meio de dados: dos presos, apenas 10,58% realizam atividades educacionais em todo o país. Da distribuição da população do sistema penitenciário federal de acordo com a escolaridade, 45,82% dos presos sequer possuem ensino fundamental completo, outros 15,70% possuem apenas o ensino fundamental acabado, seguidos por 17,47%

---

<sup>217</sup> FOPPEL, Gamil. **A função da pena na visão de Claus Roxin**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 116.

<sup>218</sup> BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**. Brasília: INFOPEN, 2014, p. 64.

<sup>219</sup> Conforme dispõe o artigo 126 da Lei de Execução Penal.

<sup>220</sup> ALEIXO, Klelia Canabrava; PENIDO, Flávia Ávila. op. cit., p. 37.

<sup>221</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro – I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 117.

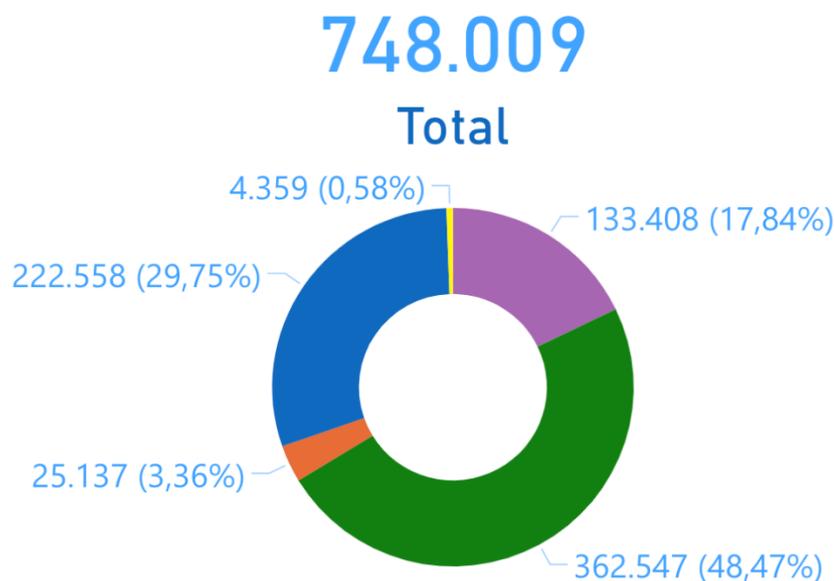
com ensino médio incompleto, sendo que apenas 14,43% possuem o ensino médio concluído<sup>222</sup>.

Já no sistema penitenciário estadual, 51,3% dos encarcerados possuem o ensino fundamental incompleto, seguido de 13,1% com ensino fundamental completo e 14,9% com ensino médio incompleto<sup>223</sup>.

O sistema é um sistema seletivo, máximo e falido. A realidade do ambiente carcerário não apresenta condições para qualquer ressocialização, recuperação, ou responsabilização do encarcerado, pelo contrário, “os riscos de homicídio e suicídio em prisões são dez vezes superiores aos da vida em liberdade”, ademais, há uma violenta realidade de “motins, abusos sexuais, corrupção, carências médicas, alimentares e higiênicas, além de contaminação devido a infecções, algumas mortais, em quase 80% dos presos provisórios”<sup>224</sup>.

Destaca-se ainda a quantidade de presos provisórios, regimes de cumprimento de pena e aplicações de medida de segurança informada pelo Departamento Penitenciário Nacional em 2019 (sem os dados das polícias judiciárias e batalhões de polícias e bombeiros militares).

Gráfico 4 - Presos em unidades prisionais no Brasil



Fonte: INFOPEN 2019

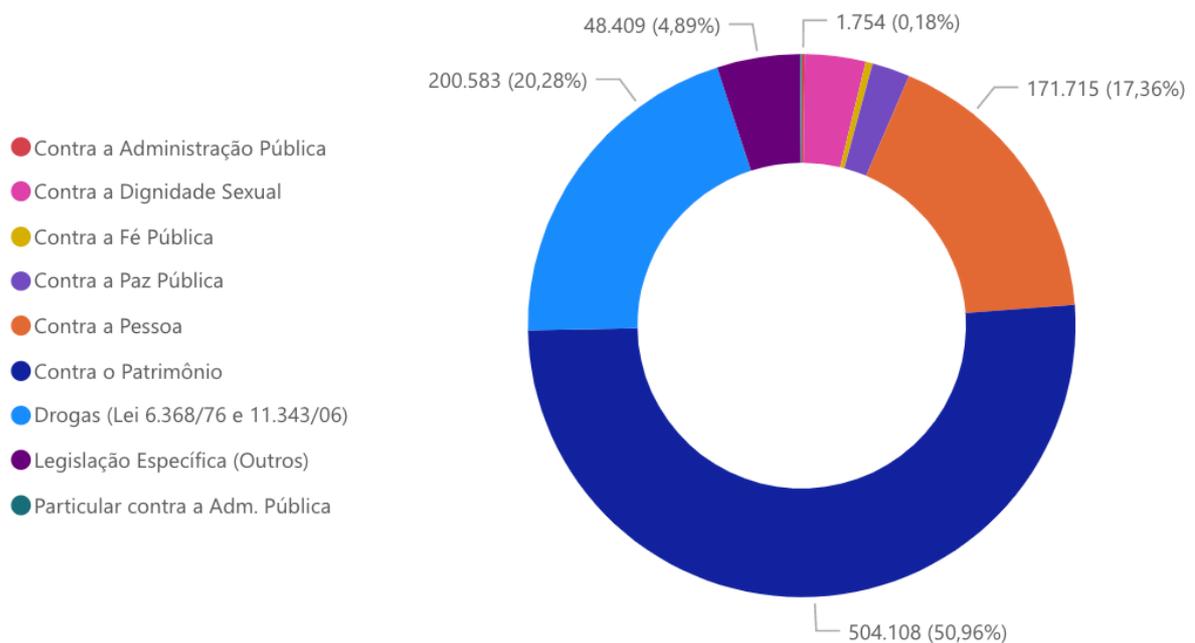
<sup>222</sup> BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento nacional de informações penitenciárias. Brasília: INFOPEN, 2017a, p. 66.

<sup>223</sup> Ibidem, p. 34.

<sup>224</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro – I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 126.

No ano de 2019, de um total de 748.009 presos (sem os dados das polícias judiciárias e batalhões de polícias e bombeiros militares), quase 30% (222.558) são presos provisórios; 0,58% de medidas de segurança (250 tratamentos ambulatoriais – medida que não impõe a necessidade de restrição da liberdade, frisa-se; 4.109 medida de segurança com internação – medida que impõe a necessidade de restrição da liberdade); 133.408 (17,84%) presos em regime semiaberto; 362.547 (48,47%) em presos em regime fechado e 25.137 (3,36%) presos em regime aberto.

Gráfico 5 - Incidências por tipo penal - Geral

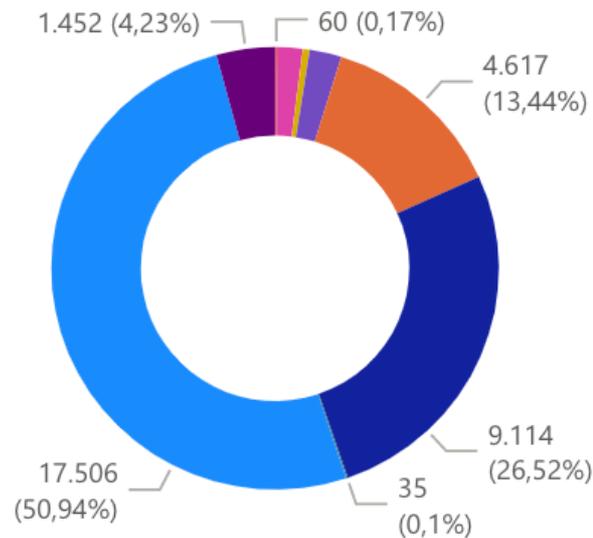


Fonte: INFOPEN, 2019.

Do total de delitos praticados por pessoas de ambos os sexos, os crimes contra o patrimônio representam mais da metade (50,96%) dos delitos, seguido por crimes da lei de drogas (atual lei 11.343/06) com percentual de 20,28%. Apenas nesses dois tipos de crimes, tem-se 71,24% dos delitos, seguidos por crimes contra pessoa (17,36%), outros (4,89%), 35.456 crimes contra a dignidade sexual (3,58%), 22.148 crimes contra a paz pública (2,24%), 4.108 crimes contra a fé pública (0,42%) e crimes praticados por particular contra a administração pública (0,18%).

Gráfico 6 - Incidências por tipo penal – Feminino

## Feminino



Fonte: INFOPEN, 2019.

Separando por gênero feminino e masculino os dados apontam pouco mais da metade da incidência criminal por delito para crimes contra o patrimônio praticados por homens e pouco mais da metade da incidência criminal por delito da lei de drogas praticados por mulheres.

A doutrina aponta alguns fatores ligados a esse dado, a ligação entre a mulher e um companheiro envolvido com o tráfico, o exercício de funções ligadas ao tráfico para o complemento de renda familiar, aliado à pobreza e a exclusão social.

As dificuldades em sustentar os/as filhos/as sozinha, sem a participação dos pais ou de outras pessoas adultas, e a dificuldade de se inserir no mercado de trabalho formal, até por conta de seus poucos anos de escolaridade e a falta de formação técnica/profissional, são motivos apontados pelas próprias mulheres para o ingresso no tráfico de drogas, aliados à falta de opções para conciliar o cuidado dos/as filhos/as e a geração de renda<sup>225</sup>.

Isso sem deixar de lado a seletividade do sistema penal, conforme melhor discutido no capítulo sete. Eis que o sistema penal volta suas ações, de forma seletiva, a determinados clientes do sistema penal.

O viés da criminologia feminista aponta que o Sistema Penal tem suas ações orientadas de forma seletiva, elegendo a clientela prisional através de critérios definidos cultural e economicamente, de acordo com sua função de controle social penal<sup>226</sup>.

<sup>225</sup> CORTINA, Monica Ovinski de Camargo. **Mulheres e tráfico de drogas: aprisionamento e criminologia feminista**. Revista Estudos Feministas, Florianópolis, 2015, p. 767.

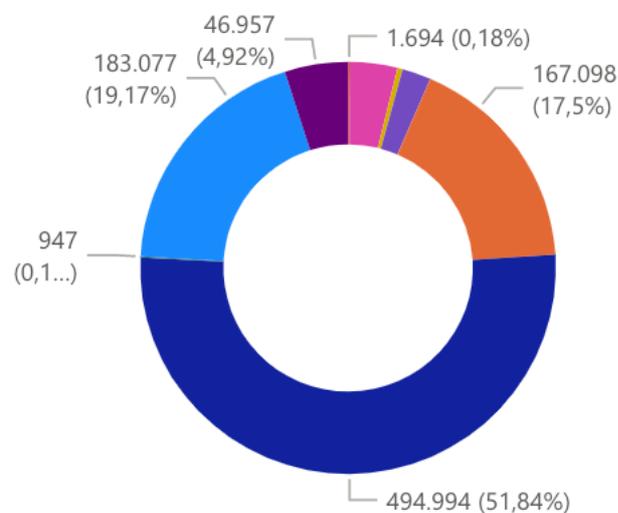
<sup>226</sup> Ibidem, p. 762.

Outrossim, o cárcere feminino pode apresentar a pena com maior grau aflagante se levado em consideração o fato de que é recorrente a alternativa entre separar mães de seus filhos ou mantê-los com elas na prisão, “uma escolha dramática entre a transcendência de dor ou aumento do sofrimento por razões de gênero<sup>227</sup>”.

Quanto aos dados masculinos, a maior incidência por tipo penal está concentrada nos crimes patrimoniais, que soma 51,84% dos delitos. Diante desse dado, tem-se o seguinte questionamento: O ordenamento jurídico brasileiro possui uma vasta quantidade de tipos penais, mas onde está a incidência criminal dos demais tipos de delitos? Para exemplificar, a corrupção é uma realidade no Brasil, assunto que se torna cada vez mais discutido, mas por qual razão crimes como a corrupção passiva (um crime contra a administração pública) praticamente não aparece quando o assunto é a população carcerária brasileira?

Gráfico 7 - Incidências por tipo penal – Masculino

### Masculino



Fonte: INFOPEN, 2019.

<sup>227</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. **Penas ilícitas y hermenéutica jurídica: un análisis a propósito de las medidas de la Corte IDH respecto del IPPSC**. Buenos Aires: Ediar, 2021, p. 23. (tradução nossa) “problema serio la prisionización de mujeres – en especial imputadas por distribución minorista de tóxicos o como mulas o transportadoras–, con la gravíssima y frecuente alternativa entre separar a madres de sus niños pequeños o mantenerlos junto a ellas en la prisión, dramática opción entre transcendencia de la pena o aumento del sufrimiento por razones de género”.

O desdobramento lógico não é outro senão a seletividade escancarada do sistema penal. A atuação do sistema penal é, assim, voltada com maior rigor a determinados tipos de delitos. Nesse sentido Brandão elucida que

o Brasil tem um programa de criminalização primária de impressionante extensão, inclusive com enorme quantidade de crimes previstos em múltiplas leis esparsas ao Código Penal, a concentração da ordem de quase três quartos do índice da população carcerária em função de apenas dois bens jurídicos tutelados é um dado que confirma de forma irrefutável a seletividade do nosso sistema<sup>228</sup>.

Em igual sentido nos ensina Alessandro Baratta, ao observar a seletividade desde a criminalização primária.

O sistema de valores que neles se exprime reflete, predominantemente, o universo moral próprio de uma cultura burguesa-individualista, dando a máxima ênfase à proteção do patrimônio e orientando-se, predominantemente, para atingir as formas de desvio típicas dos grupos socialmente mais débeis e marginalizados<sup>229</sup>.

A crise do sistema não é novidade. Ferrajoli<sup>230</sup> explicita que múltiplos fatores contribuem para a crise, tais como a ineficácia das técnicas processuais que tem provocado o aumento progressivo de prisões cautelares em relação ao encarceramento sofrido na expiação da pena e a ação dos meios de comunicação.

Ademais, a inobservância de um Direito Penal mínimo e de *ultima ratio* é outro fator que contribui com o problema. Uma vez que a pena privativa de liberdade é a intervenção mais grave do Estado na liberdade individual, essa só pode ser cominada quando não houver outros meios mais suaves para alcançar a solução almejada.

Países como os Estados Unidos da América, conhecido por suas penas severas e recrudescidas, são exemplos de que a pena retributiva, como finalidade em si mesma, só geram ainda mais violência e aumento da criminalidade. E qual é a prova disso? O país norte-americano tem hoje a maior população carcerária do mundo no *ranking* da base de dados do *The World Prison Brief*<sup>231</sup>.

O sistema se demonstra severo, ilegítimo, autoritário e inconstitucional. Nesse sentido, o sistema penitenciário brasileiro se consolida um estado de coisa

<sup>228</sup> BRANDÃO, Cláudio. Poder e Seletividade: Os Processos de Criminalização na América Latina e os seus impactos na crise do discurso penal. **Caderno de Relações Internacionais**, vol. 10, no 18, jan-jun. 2019, p. 311.

<sup>229</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal**. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 178.

<sup>230</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 329.

<sup>231</sup> THE WORLD PRISON BRIEF. **Highest to Lowest Prison Population Total**. London, 2020. THE WORLD PRISON BRIEF. **Highest to Lowest - Prison Population Rate**. London, 2020.

inconstitucional, nos termos da ADPF 347, em razão da violação generalizada, massiva e sistêmica de direitos fundamentais.

Desse modo, nas palavras de Zaffaroni “hoje, temos consciência de que a realidade operacional de nossos sistemas penais jamais poderá adequar-se à planificação do discurso jurídico-penal<sup>232</sup>”.

Assim, consolida-se a relevância dos questionamentos e do processo de descarcerização por intermédio da perspectiva do Direito Penal Mínimo e de *ultima ratio*, a fim de promover a manutenção dos direitos e garantias fundamentais e apresentar respostas à crise do sistema penal. A promoção e efetivação de uma política criminal de ruptura se faz extremamente necessária, não havendo mais espaço para a tortura, tratamentos cruéis e degradantes.

Conforme anteriormente citado, o atual sistema prisional brasileiro, além de não prevenir delitos, seja por meio da prevenção geral ou especial, não possui condições para tanto. Nesse sentido, Andrade citado por Pereira e Aleixo<sup>233</sup>, aduz que no decurso da história, o sistema penal mostrou-se incapaz de cumprir as funções que legitimaram a sua criação: a proteção de bens jurídicos, a contenção da violência no ato de punir, o combate e a prevenção da criminalidade, a promoção da segurança jurídica. Ferrajoli esclarece que,

A pena privativa de liberdade, que na época moderna tem constituído a alternativa mais importante frente às penas ferozes e o principal veículo do processo de mitigação e de racionalização das penas, já não parece, por sua vez, idônea - enquanto não pertinente ou desnecessária - para satisfazer nenhuma das duas razões que justificam a sanção penal: nem a prevenção dos delitos, dado o caráter criminógeno das prisões destinadas de fato, como nos dias de hoje é unanimemente reconhecido, a funcionar como escolas de delinquência e de recrutamento da criminalidade organizada; nem a prevenção das vinganças privadas, satisfeita na atual sociedade dos massas medida bem mais pela rapidez do processo e pela publicidade das condenações do que pela expiação da prisão<sup>234</sup>.

A população carcerária, que aumentou demasiadamente, é mais uma prova de que, ao contrário do discurso reeducador, a prisão gera ainda mais violência e maiores índices de criminalidade, com isso, “as prisões não diminuem a taxa de

---

<sup>232</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 5ª ed. Rio de Janeiro: REVAN, 2001.

<sup>233</sup> ALEIXO, Klelia Canabrava; PEREIRA, Henrique Viana. Para além das ambivalências: por uma política criminal desencarceradora. **Revista DUC in Altum Cadernos de Direito**, v.7, n.13, p. 253-272. set./dez. 2015, p. 269.

<sup>234</sup> FERRAJOLI, Luigi. op. cit., p. 330.

criminalidade: pode-se aumentá-las, multiplicá-las ou transformá-las, a quantidade de crimes e de criminosos permanece estável, ou, ainda pior, aumenta<sup>235</sup>.

O referencial teórico adotado para o enfrentamento da questão ora suscitada é a teoria do garantismo penal de Luigi Ferrajoli. Desse modo, Ferrajoli citado por Duarte<sup>236</sup> formula onze modelos condicionais ao poder punitivo: pena, delito, lei, necessidade, ofensa, conduta, culpabilidade, juízo, acusação, prova e defesa.

Quanto à pena, Ferrajoli propõe a abolição da pena privativa de liberdade por meio de um programa de Direito Penal mínimo, orientado à mitigação e à humanização da sanção punitiva. O italiano deixa claro que, a abolição da prisão não se confunde com a abolição da pena, essa última deve conservar-se como medida sancionadora mínima e exclusiva, para a hipótese única de delito que provoque reações de caráter aflitivo<sup>237</sup>.

Nessa perspectiva, o autor propõe uma paulatina redução do tempo máximo da pena privativa de liberdade que, a curto prazo, seria o prazo máximo de dez anos e a médio prazo um período ainda mais curto, limites máximos a serem sancionados por uma norma constitucional, sugere<sup>238</sup>.

Ademais, uma vez que a pena privativa de liberdade seja substituída para os delitos mais leves pelas atuais medidas alternativas, e reduzida a dez anos ou a um tempo menor, para os delitos mais graves, deixariam de ser necessárias, em sede de execução, as revisões da duração da pena em função da boa conduta, as análises sobre a cessação da periculosidade do interno ou semelhantes. A redução das penas legais em lugar de sua substituição discricionária durante a execução permitirá, em suma, salvaguardar todos os elementos garantistas da pena: sua predeterminação legal, sua determinação judicial, sua certeza, sua igualdade, sua proporcionalidade à gravidade do delito, a imunidade das consciências frente aos modos e aos tempos de sua execução<sup>239</sup>.

Além da proposta de um processo de descarcerização, o garantismo penal de Ferrajoli também defende que, as penas pecuniárias, além de desproporcional, impessoal e duplamente injustas, são incompatíveis com o Direito Penal, estimulando a transformação da pena em tributo, sendo que essas têm natureza de sanção administrativa, não havendo melhor conclusão, senão pela sua abolição.

---

<sup>235</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 292.

<sup>236</sup> DUARTE, Renata Pacheco. **A escumalha do cárcere: desafios do garantismo na sociedade desigual brasileira**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017, p. 110.

<sup>237</sup> FERRAJOLI, Luigi. op. cit., p. 331.

<sup>238</sup> Ibidem, p. 332.

<sup>239</sup> Ibidem, p. 333.

Em síntese, acerca do estudo das teorias das penas e proposta da Teoria do Garantismo Penal, Ferrajoli elucida que é preciso afastar a privação da liberdade, de modo que penas alternativas sejam elevadas à categoria de penas principais, enquanto que, apenas no que tange aos delitos mais graves seja aplicada as penas privativas de liberdade, a sanção mais severa fica, assim, reservada para os casos mais graves e destinada a ser abolida em perspectiva.

São três os significados de garantismo apontados pelo autor, como um modelo normativo de direito, no que diz respeito ao Direito Penal, seria um modelo de estrita legalidade; como uma teoria jurídica da "validade" e da "efetividade", que se refere ao funcionamento efetivo do ordenamento; e por fim, como uma filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade<sup>240</sup>.

Assim, uma das tarefas mais importantes que se impõe à atual reflexão filosófico-penal é a formulação, sobre a base de um repensamento radical da natureza da pena, de um novo sistema de penas, alternativas às vigentes.

Tais penas alternativas não se confundem, portanto, com as medidas alternativas. As penas alternativas seriam aptas a satisfazer, como penas principais, o duplo fim do Direito Penal dentro de uma perspectiva de racionalização e de minimização do sistema sancionador. Essa é uma das respostas apresentadas por Ferrajoli à crise do sistema penal<sup>241</sup>.

Nesse contexto, Roxin<sup>242</sup> esclarece que sanções penais poderiam ser evitadas de forma considerável através da descriminalização e da diversificação, sendo que princípios como a subsidiariedade devem ser imprescindivelmente respeitados sob pena de ultrapassar os limites estatais à faculdade de punir, limites esses, que devem ser deduzidos do Direito Penal.

Importante destacar que, a pena jamais garantiu a segurança da sociedade, mesmo em países com as penas mais recrudescidas, com penas de morte e prisões perpétuas. Ao longo da história, a pena serviu como uma "mola propulsora" de incidência e reincidência criminosa, o que é possível ser observado a exemplo da França ao longo do século XIX, conforme explicita Foucault,

A detenção provoca a reincidência; depois de sair da prisão, se têm mais chance que antes de voltar para ela, os condenados são, em proporção

---

<sup>240</sup> Ibidem, p. 685.

<sup>241</sup> Ibidem, p. 330.

<sup>242</sup> ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

considerável, antigos detentos; 38% dos que saem das casas centrais são condenados novamente e 33% são forçados<sup>18</sup>; de 1828 a 1834, de cerca de 35.000 condenados por crime, perto de 7.400 eram reincidentes (ou seja, um em cada 4,7 condenados); em mais de 200.000 contraventores, quase 35 mil o eram também (1 em cada 6); no total, um reincidente para 5,8 condenados<sup>19</sup>; em 1831, em 2.174 condenados por reincidência, 350 haviam saído dos trabalhos forçados, 1.682 das casas centrais, 142 das 4 casas de correção submetidas ao mesmo regime que as centrais.<sup>20</sup> E o diagnóstico torna-se cada vez mais pesado ao longo de toda a monarquia de julho: em 1835, contam-se 1.486 reincidentes em 7.223 condenados criminosos; em 1839, 1749 em 7.858; em 1844, 1.821 em 7.195. Entre os 980 detentos de Loos havia 570 reincidentes e, em Melun, 745 dos 1.088 prisioneiros.<sup>21</sup> A prisão, conseqüentemente, em vez de devolver à liberdade indivíduos corrigidos, espalha na população delinquentes perigosos<sup>243</sup>.

Ademais, “antes de querer modificar os excluídos, é preciso modificar a sociedade excludente, atingindo, assim, a raiz do mecanismo de exclusão<sup>244</sup>”. É certo que uma sociedade cega no discurso de punir e o progressivo desenvolvimento da civilidade intolerável é mais um fator que contribui com a crise do atual sistema.

Face à crise e algumas de suas respostas, uma coisa é clara, o repensamento de um novo sistema de penas é pertinente e imprescindível, sendo que, o sistema atual trata-se de uma crise institucionalizada e permanente e o discurso jurídico-penal não pode desentender-se do “ser” e refugiar-se ou isolar-se no “dever ser”<sup>245</sup>. Fato é que o sistema político criminal está falido e o sistema penitenciário brasileiro tornou-se um estado de coisa inconstitucional.

Dessa forma, um sistema ilegítimo e seus discursos falaciosos acarretam sérias consequências, havendo, nos dias atuais, uma necessidade de redução do encarceramento. É necessário discutir e, acima de tudo, construir, uma sociedade menos punitivista e mais tolerante, sob a égide de uma política criminal de ruptura.

<sup>243</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 293.

<sup>244</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal**. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 186.

<sup>245</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 5ª ed. Rio de Janeiro: REVAN, 2001, p. 19.

## **9. ALGUMAS PROPOSTAS**

Face aos problemas apontados e observados nos estudos voltados a crise do sistema penal brasileiro, a doutrina apresenta algumas proposições. Além dos estudos e respectivas propostas do próprio garantismo penal de Luigi Ferrajoli, outras saídas são apontadas, tais como a coculpabilidade penal nos casos de vulnerabilidade social, o funcionalismo teleológico de Roxin, os equivalentes funcionais da pena propostos por Jesús-María Silva Sánchez, os estudos de compensação penal trazidos por Rodrigo Roig, as resoluções da Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH nas situações de superlotação extrema e ausência de condição mínima de dignidade humana e o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no Recurso em Habeas Corpus – RHC número 136.961, que serão objeto de estudo a seguir.

O objetivo desse capítulo é trazer propostas que a doutrina já dispõe acerca do problema carcerário e sobretudo sistemático em torno do Direito Penal, que abrange questões jurídicas e políticas que precisam ser trabalhadas. As propostas, conforme se observará adiante em cada um dos subtópicos, carregam alguns problemas e críticas.

Algumas delas certamente constituem medidas paliativas, conquanto o que se pretende é traçar um pontapé inicial, um giro hermenêutico provocativo, uma marca de provocações, um ponto de partida com relação ao enfrentamento do problema e medidas que podem ser tomadas e estudadas.

### **9.1 Coculpabilidade penal**

Ante o cenário de crise e a inadimplência estatal, é possível visualizar a responsabilidade do Estado na criminalidade. Diante disso, a teoria da coculpabilidade analisa a omissão do Estado no que se refere a fornecer as mesmas oportunidades para todo cidadão e, na medida em que há falhas na prestação dos mais básicos direitos e garantias fundamentais, passa-se a indagar o compartilhamento da culpa entre o sujeito ativo da conduta delituosa e o próprio Estado.

Ocorre uma situação de vulnerabilidade provocada pelo próprio Estado. Esse mesmo poder formal irá exercer, a seguir, o controle repressivo da situação de vulnerabilidade que ele próprio causou. O estudo da coculpabilidade surge como forma de redução da seletividade penal. Visa precipuamente a efetiva aplicação no ordenamento jurídico, o que pode ocorrer por duas vias, como forma de atenuante

genérica na segunda fase de dosimetria da pena ou enquanto circunstância judicial na primeira fase da dosimetria.

Por intermédio da atenuante genérica do artigo 66 do Código Penal Brasileiro, o dispositivo legal dispõe que “a pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei<sup>246</sup>”.

A doutrina compreende também a possibilidade de aplicação efetiva do instituto não apenas enquanto atenuante genérica, com expressa possibilidade legal no artigo 66, mas também enquanto circunstância judicial na primeira fase de dosimetria da pena, na forma do artigo 59 do Código Penal Brasileiro.

Por meio desse segundo dispositivo legal, o juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, a pena aplicável, sua quantidade, o regime inicial de cumprimento de pena, e a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade<sup>247</sup>.

Em breve síntese, a coculpabilidade será o mecanismo hábil a permitir ao magistrado a concretização de uma igualdade material na medida em que divide a carga de reprovação do comportamento entre o sujeito ativo e a sociedade.

A coculpabilidade penal, também conhecida como culpabilidade social, permitirá que, diante de cada caso em concreto, os antecedentes do indivíduo possam ser avaliados de modo a conformar ou não sua vulnerabilidade social. Zaffaroni ensina que “há sujeitos que têm um menor âmbito de autodeterminação, condicionado desta maneira por causas sociais. Não será possível atribuir estas causas sociais ao sujeito e sobrecarregá-lo com elas no momento da reprovação de culpabilidade<sup>248</sup>”.

Cada caso em suas peculiaridades deve ser observado, de forma que se possa averiguar ou não a coculpabilidade. Paulo César Busato explica que é necessário realizar a contextualização de cada registro de antecedente, a ser compreendido de forma positiva ou negativa em face do sujeito. O fato pode, assim, ser mais ou menos reprovável a depender de cada caso.

---

<sup>246</sup> BRASIL, 1940.

<sup>247</sup> BRASIL, 1940.

<sup>248</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Manual de direito penal brasileiro**. 9ª ed. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 529.

É sabido que o sistema punitivo degrada socialmente o indivíduo, promovendo um alto potencial de dessocialização. Esse fator não pode passar despercebido nas considerações a respeito dos antecedentes. Assim, um indivíduo que passou pelo sistema penal pode ser afligido mais gravemente, por exemplo, em sua empregabilidade, como egresso e, em um caso de furto, pode ter a pena atenuada em face de terem sido reduzidas suas possibilidades de obter licitamente os valores destinados à sua subsistência, por força da condenação anterior. O Estado que foi o responsável por sua dessocialização não pode, depois, utilizar os efeitos desta em desfavor do próprio sujeito.<sup>249</sup>

Nesse sentido Zaffaroni já ensinava que ao invés de apelar para uma distribuição de censuras, é mais realista admitir que se o poder punitivo é distribuído de acordo com a vulnerabilidade, não sendo possível cancelá-la, o Direito Penal deve administrar seu próprio e limitado contra poder de contenção, distribuindo-o de acordo com o grau de esforço pessoal de cada selecionado realizado para se colocar na situação concreta de vulnerabilidade frente ao risco do poder punitivo<sup>250</sup>.

Diante da crise do sistema penal brasileiro, uma das saídas apontadas para os casos marcados pela desigualdade social, econômica e de instrução do infrator é o instituto da coculpabilidade, que conforma a parcela de responsabilidade estatal ante a conduta delitiva.

## 9.2 O funcionalismo teleológico de Roxin

Claus Roxin inicia em meados de 1970, em um período pós finalismo, os seus estudos acerca do funcionalismo<sup>251</sup>. Seu estudo visou a reaproximação da política criminal e a dogmática penal, de modo que a política criminal passa a desempenhar o papel de limitar a finalidade do Direito Penal, refletindo nos elementos analíticos do delito e na aplicação da pena.

Segundo Roxin, a função do Direito Penal é a proteção subsidiária de bens jurídicos e, enquanto o conceito formal do crime comporta a conduta punível sujeita a uma definição no âmbito da lei, o conceito material comporta critérios materiais da conduta punível, o que fornecerá ao legislador um critério político-crítico sobre o que se pode punir e o que deve ficar impune, trata-se de um conceito anterior a própria lei, de onde se extrai as raízes do funcionalismo penal de Roxin<sup>252</sup>.

<sup>249</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 878.

<sup>250</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. **Derecho penal: parte general**. 2ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 657 (tradução nossa).

<sup>251</sup> Em sua obra intitulada *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*.

<sup>252</sup> ROXIN, Claus. **Derecho Penal Parte General**. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1997, p. 51

O autor ensina que a lesão do bem jurídico é pressuposto da punibilidade e a exigência de que o Direito Penal possa proteger apenas certos bens jurídicos desempenhou um papel importante na discussão de reformas. O ponto de partida é a ideia de que o Direito Penal só tem que assegurar certos bens, como a vida, integridade corporal, honra, administração da justiça, entre outros, devendo ser excluídas as meras imoralidades do âmbito do Direito Penal.

Para exemplificar, a criminalização da homossexualidade entre adultos e comportamentos semelhantes foram atos considerados imorais de forma geral, mas que não carregam qualquer real causalidade lesiva quando praticados por adultos em comum acordo e sem perturbação dos outros, não colocam em estado vulnerável quaisquer "direitos" ou "bens" individuais. Assim, apenas podem ser compreendidos como ofensas de "conceitos gerais" como a moralidade, mas não como lesões de bens jurídicos<sup>253</sup>. Em igual sentido está a ideia de exclusão das contravenções do campo do Direito Penal, posto que meras infrações administrativas não se confundem com bens jurídicos a serem tutelados pelo Direito Penal.

Em linhas gerais, Roxin explicita que compreende “por bens jurídicos todos os dados necessários para uma convivência livre e pacífica dos cidadãos sob a égide dos direitos humanos<sup>254</sup>”, sejam eles individuais ou coletivos. Essa compreensão permitiu algumas reformas no Direito Penal alemão entre as décadas de 60 e 70.

O sistema penal baseado nos critérios formais-ontológicos e a ideia de uma teoria do delito meramente descritiva (com a aplicação rígida do modelo dogmático) são superados pela busca de fundamentação material proposta pelo funcionalismo, “os elementos componentes do conceito de crime deixam de ser autossuficientes e passam a ser funcionalizados, ou seja, passam a estar a serviço da realização de um escopo geral<sup>255</sup>”, a realização de uma política criminal voltada ao adequado funcionamento da sociedade, portanto.

Assim, Roxin ensina que “o injusto penal não deve ser fundado sobre dados ônticos, tal como os defensores da teoria causal e final da ação propuseram. Ele deve,

---

<sup>253</sup> Ibidem. p. 52.

<sup>254</sup> ROXIN, Claus. **Fundamentos político-criminais e dogmáticos do direito penal**. Revista brasileira de ciências criminais, v. 112, 2015, p. 34.

<sup>255</sup> BUSATO, Paulo César, op. cit. p. 236.

ao contrário, ser deduzido das condições normativas de uma proteção eficiente de bens jurídicos<sup>256</sup>, de onde se origina a teoria da imputação objetiva.

A vertente de Roxin visa satisfazer finalidades político-criminais e garantistas a partir de um ponto de vista teleológico do Direito Penal, de onde se extrai a assertiva de que o paradigma ontológico e a análise meramente descritiva e sistemática da teoria do delito são superados.

A construção do sistema de imputação não deve vincular-se a pressupostos metodológicos extraídos de dados ontológicos como a ação ou a relação de causalidade, e sim afinar-se às missões que se atribui, ou que se pretende alcançar através da aplicação do próprio sistema aos casos concretos<sup>257</sup>.

Isso posto, Roxin, em síntese, não impõe uma nova estrutura de teoria do delito como ocorre entre o causalismo e o finalismo, mas apresenta no pós finalismo perspectivas funcionais, visando os fins precípuos do Direito Penal, a serem satisfeitos pelo sistema por meio da política criminal.

Assim, a tipicidade deve ir além da mera adequação típica do fato à previsão legal — função sistemática do tipo, explica Roxin. Para o autor o tipo carrega uma dupla função político criminal, de um lado a função de garantia expressa pelo *nullum crimen sine lege*, e por outro, a função de motivação, a qual proíbe uma conduta a partir da generalidade da comissão de delitos<sup>258</sup>.

Na delimitação entre o dolo e a imprudência já não se destaca com peso a análise dos elementos psicológicos, mas a análise acerca da adequação ou não da aplicação da pena, se há ou não a necessidade do recrudescimento da resposta penal<sup>259</sup>.

A antijuridicidade, ao contrário do que se dispõe o finalismo, não se expressa tão somente na mera contrariedade do ordenamento e a ação finalística, mas pelo papel de resolução do conflito entre os interesses sociais e individuais<sup>260</sup>, pelo o que Roxin propõe a sistematização da antijuridicidade a partir da função político criminal, de modo a ultrapassar as meras abstrações excessivamente formais ou de classificações aleatórias.

---

<sup>256</sup> ROXIN, Claus. **Fundamentos político-criminais e dogmáticos do direito penal**. Revista brasileira de ciências criminais, v. 112, 2015, p. 35.

<sup>257</sup> BUSATO, Paulo César, op. cit. p. 238.

<sup>258</sup> ROXIN, Claus. **Política Criminal y Sistema del Derecho Penal**. 2ª ed. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2002, p. 25.

<sup>259</sup> BUSATO, Paulo César, op. cit. p. 240.

<sup>260</sup> BUSATO, Paulo César, op. cit. loc. cit.

Se analisarmos os meios através dos quais o legislador enfrenta o problema da solução social de conflitos, veremos que existe um número limitado de princípios ordenadores materiais, que determina, nas mais diversas variações, o conteúdo das causas de justificação. É o seu interagir no caso concreto que fixa o juízo sobre a utilidade ou lesividade, a licitude ou ilicitude de um comportamento<sup>261</sup>.

A culpabilidade, por seu turno, ultrapassa o simples juízo de reprovação e se traduz na responsabilidade penal conforme critérios funcionais da pena, nesse sentido Roxin afirma que “a terceira das categorias base de nosso sistema - a culpabilidade - é cunhada político-criminalmente pela teoria dos fins da pena<sup>262</sup>”, o que significa compreender que aquele que não pode evitar o injusto típico, a ação errônea do autor do ponto de vista da regulação social, deve ser avaliada sob a perspectiva de merecimento ou não de pena, de onde se extrai a repaginada da culpabilidade pela responsabilidade.

Assim, a análise da responsabilidade enquanto análise de imputação subjetiva permite ao magistrado a verificação, conforme cada caso, do merecimento de sanção penal à conduta de acordo com as finalidades da pena no ordenamento jurídico contemporâneo.

A conduta é mais um ponto destacado pelo funcionalismo de Roxin, essa se consolida por um conjunto de dados fáticos e normativos que expressam o centro anímico espiritual do ser humano<sup>263</sup>, ocorre o que Roxin chama de manifestação da personalidade — de onde surge a teoria personalista ou pessoal da ação. Com isso, o funcionalismo teleológico concebe a conduta de maneira mais ampla.

Um conceito de ação ajustado à sua função ocorre se for compreendida a ação como a "manifestação da personalidade", o que significa o seguinte: Em primeiro lugar, é ação tudo o que o que pode ser atribuído a um ser humano como o centro anímico espiritual da ação, e isso falta em caso de efeitos que partem apenas da esfera corporal ("somática") do homem, o “de alcance material, vital e animal do ser”, sem estar sujeito ao controle do “eu”, da instância condutora espiritual da alma do ser humano. Se o sujeito é empurrado com força irresistível contra uma vidraça, ou se durante o sono, ele em delírio ou convulsão, agride ou reage de forma puramente reflexiva, são manifestações que não são dominadas pelo voluntário e o consciente e, portanto, não pode ser qualificada como manifestações dela<sup>264</sup>.

---

<sup>261</sup> ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Trad. de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 53.

<sup>262</sup> ROXIN, Claus, op. cit. p.67

<sup>263</sup> ROXIN, Claus. **Derecho Penal Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Madrid: Editorial Civitas S. A., 1997. p. 252

<sup>264</sup> ROXIN, Claus. op. cit. loc. cit.

Assim, pode se dizer que, segundo Roxin, o crime é o fato típico antijurídico praticado por agente responsável — responsabilidade essa que conduz à análise da culpabilidade e da necessidade de pena, de forma que o magistrado tenha de realizar uma análise de merecimento da pena, o que transcende o simples injusto e a mera conduta a fim de alcançar a viabilidade preventiva de cada pena, aproximando dogmática e política criminal.

Uma observação não poderia ficar de fora, essa análise em um ambiente de Direito Penal de massa é uma dificultosa tarefa, quase inatingível na atual estrutura de justiça brasileira, diante dos dados vistos no capítulo oito, acerca da crise do sistema penal.

### 9.3 Equivalentes funcionais da pena

A doutrina também trabalha com os equivalentes funcionais da pena, onde a imposição da pena funciona como forma de reafirmação, pelo Estado, acerca do direito vulnerado. A execução da pena, no entanto, é prescindível. A depender do fato e circunstâncias, ela pode ser substituída por um equivalente funcional, que dão lugar a efeitos análogos ou idênticos produzidos pela pena.

Para Jesús-María Silva Sánchez<sup>265</sup>, a pena é necessária para neutralizar simbolicamente a infração do Direito, finalidade essa que pode ser representada pela negação da negação do Direito, reflexão filosófica de Hegel. O autor deixa claro que a pena pode ser compreendida como um castigo imposto conforme a lei pelos juízes ou tribunais aos responsáveis de um delito.

Trata-se de um mal simbólico-comunicativo expresso na sentença, que se subdivide em dois planos distintos: o simbólico-comunicativo e o fático aflitivo, este último plano é acidental, a pena não necessariamente o requer.

O plano simbólico-comunicativo é aquele em que o Estado reage ao delito, responsabilizando o agente com uma reprovação jurídica estatal que se dá por meio de uma comunicação, trata-se de uma declaração ao agente acerca do injusto culpável.

Já o plano fático aflitivo se traduz no sentimento subjetivo de dor, que pode não ocorrer em determinados casos, a título de exemplo, o caso em que um sujeito, que antes não tinha abrigo, alimentação e vestuário e passa a ter o que antes não tinha

---

<sup>265</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Malum passionais. Mitigar el dolor del Derecho Penal.** Barcelona: Atelier, 2018, p. 113.

no ambiente carcerário. Isso não significa que o plano simbólico-comunicativo não produza algum sofrimento, mas que, eventualmente, pode ser que não produza a depender da situação concreta.

Silva Sánchez ainda fala na possibilidade de aplicação do equivalente funcional de uma pena, que pode ser outra pena, desde que esta última coincida em atingir uma mesma finalidade determinada, ainda que se trate de uma instituição penal não punitiva.

Dessa forma, o autor produz a seguinte lógica: é possível cumprir finalidades equivalentes as da execução da condenação, fugindo de seu principal efeito secundário: a dessocialização do delinquente primário, o que significa dizer que, ainda que uma pena privativa de liberdade seja substituída por uma pena alternativa, não há suspensão da dimensão comunicativa da pena, pois, o fato foi julgado e a condenação proferida, o castigo foi imposto.

Não é necessariamente a execução da pena o mecanismo exclusivo a atingir a finalidade de neutralizar simbolicamente a infração, neste sentido, o autor considera alguns equivalentes funcionais da pena que cumprem seus fins similares às dimensões comunicativa e aflitiva, esses equivalentes funcionais são considerados a partir de determinados critérios, o primeiro deles é o fato de que a assimilação pode ser só funcional, sem nenhum parentesco estrutural com a natureza estatal, o segundo é que a referida equivalência pode ser com relação às dimensões simbólico-comunicativa e a fático aflitiva ou apenas com relação a uma delas, o terceiro é de que a semelhança a uma das dimensões pode ser completa ou incompleta e, por fim, o de que a assimilação pode ter sido já institucionalizada ou não.

Mas afinal, por que punir? Para Silva Sánchez a pena deve ser imposta para que o Estado reafirme o direito vulnerado, a execução da pena, no entanto, é prescindível, uma vez que, a depender do fato e circunstâncias, pode ser substituída por um equivalente funcional, que dão lugar a efeitos análogos ou idênticos produzidos pela pena.

A pena, por tanto, serve como forma de promover o restabelecimento do Direito lesionado pelo delito através de uma expressão de reprovação jurídica (plano simbólico-comunicativo), podendo ou não, vir a causar o efeito acidental com um sofrimento fático ao apenado.

Diante disso, é mister analisar os equivalentes funcionais da pena apresentados pelo autor, referencial teórico da presente pesquisa. O equivalente

funcional tem por base o seguinte raciocínio lógico inicial: uma instituição social ou jurídica possui equivalência com outra instituição social ou jurídica quando ambas coincidem em cumprir uma mesma finalidade.

Atribuindo as letras A e B a cada instituição social ou jurídica, isso significa que, é possível a substituição de A por B e, em determinados casos, com a substituição, se pode evitar os efeitos negativos associados a A que não se encontram em B. A título de exemplo, na medicina, tal substituição pode, obrigatoriamente, ocorrer em determinado sistema.

Igualmente, se em um determinado sistema uma nova instituição pressupõe a necessidade de exclusão de outra, é preciso analisar se trata-se de equivalentes funcionais ou, pelo contrário, a substituição referida está errada. Assim, “é possível cumprir finalidades equivalentes as da execução da condenação, fugindo de seu principal efeito secundário: a dessocialização do delinquente primário<sup>266</sup>”.

Determinado fato ou circunstância pode, desta forma, dar lugar a uma equivalência funcional com relação a dimensão fática da pena. Nessa hipótese, a imposição da pena serve para a reafirmação do direito vulnerado, no entanto, dispensa a execução da pena imposta, na medida em que o equivalente permite atenuar ou até mesmo excluir a primeira.

Os equivalentes funcionais da pena também ocupam lugar na teoria do delito, na punibilidade, a ideia é promover “causas de exclusão da execução da condenação”. Destaca-se, neste sentido, duas funções inerentes a pena, sendo elas a substancial, que promove a reafirmação do Direito e acidental, aquela que pode ou não gerar um sofrimento fático, como visto.

Essas dimensões podem ser encontradas na análise de cada fato ou circunstância enquanto equivalente funcional, que passará por quatro diferentes critérios: I) a assimilação pode ser apenas funcional, sem semelhança estrutural, autoritária ou reativa estatal; II) A semelhança pode ocorrer com relação a função substancial ou acidental (reativa e factual) ou apenas com relação a uma e que, III) essa semelhança pode correr de forma integral ou parcial e, por fim, IV) que essa semelhança pode eventualmente já ter sido institucionalizada pelo Estado, em maior ou menor grau, ou não.

---

<sup>266</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, op. cit. p. 118 (tradução nossa).

Diante dessas considerações, alguns comportamentos pós delitivos são analisados por Silva Sánchez<sup>267</sup>, o primeiro deles: a confissão e a reparação do dano causado pelo delito. A confissão contribui com as fases investigativas e judicial e vai de encontro à dimensão simbólica da pena, está, por tanto, apta a promover a reafirmação do Direito. Em sua dimensão simbólica, está na mesma classe de atos, não obstante deixar inalterado o plano fático aflitivo provocado pela pena, razão pela qual a mera confissão é considerada um equivalente funcional incompleto.

Unida a reparação do dano, a confissão, nas hipóteses em que o bem lesionado pode ser substituído, se torna um equivalente funcional completo. A título de exemplo, os crimes tributários permitem a exclusão do próprio procedimento penal.

Outro comportamento pós delitivo comumente visto é a autopunição, como ocorre nos casos em que o sujeito, após matar sua parceira, atenta contra a própria vida, sem, contudo, conseguir consumir a sua pretensão, o que, em sua dimensão simbólica, trata-se de um ato bastante expressivo, semelhante com relação ao plano fático-aflitivo, razão pela qual seria possível a não execução de uma condenação.

O remorso, por seu turno, não possui igual similitude. Na dimensão fática, acaba por ser um equivalente incompleto, passível de atenuação da pena a ser considerada em juízo.

Deve ser analisado ainda, o comportamento de terceiros, que, a título de exemplo, acarreta a vingança, tal comportamento ocorre na hipótese em que já houve um dano lesivo, capaz de alcançar um equivalente funcional da dimensão fático-aflitiva.

#### **9.4 Compensação penal**

Nos ditames da legalidade *nullum crimen nulla poena sine praevia lege*, o legislador prevê a tipificação da conduta enquanto crime e a sanção a ela cominada, de acordo com o critério da proporcionalidade da sanção para a gravidade do delito.

A partir da ideia de proporcionalidade surge a compensação penal, que visa uma redução compensatória das penas abusivas e em descompasso com o ordenamento jurídico.

A relação que se faz é a seguinte: ao dano provocado pelo crime corresponderá uma determinada quantidade de sofrimento – apenas a que é inerente à pena privativa de liberdade – que é quantificada em um determinando período de tempo. Contudo, se ao sofrimento que a Lei autoriza

---

<sup>267</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, op. cit. p. 123.

que seja causado, se acrescem outros - ilegais, portanto -, o tempo fixado inicialmente não mais será proporcional ao crime que se pune, mas superior. [...] Uma vez que o tempo vivenciado seja mais severo, ou seja, que imponha mais sofrimento do que o que se espera, legalmente, pela privação da liberdade ambulatorial, o tempo linear deverá ser diminuído, de forma a resgatar a proporcionalidade<sup>268</sup>.

As concepções acerca do tempo são multívocas. Nas civilizações pré-industriais, há a ideia de tempo cíclico, na africana prevalece a ideia de tempo pontual, enquanto a civilização industrial carrega a ideia de tempo linear, reflexo de uma tentativa de estabelecer uma relação proporcional entre tempo e sanção, o que é irrazoável<sup>269</sup>.

Ocorre que a medida de pena é uma falsa representação no contexto pragmático e pode ser mais ou menos dura a depender da experiência vivida por cada sujeito, razão porque não podem as penas serem mensuradas de igual forma para todos.

Diante do contexto de crise do sistema – estudado no capítulo oito, o cenário é de penas privativas de liberdade que extrapolam os limites legais. O art. 5º, inciso XLIX, da Constituição da República Federativa do Brasil dispõe que é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral e, desse modo, o Estado é o responsável por esse dever.

O texto constitucional ainda prevê a hipótese de responsabilidade estatal pelos danos causados por seus agentes, nesse sentido o artigo 37, §6º, da CRFB aduz que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros.

Com isso, o Estado é o garante responsável pelo preso sob sua custódia, podendo incidir hipótese de responsabilidade civil do Estado, *culpa in custodiando*, nos casos de superlotação, situações desumanas, degradantes e abusivas sofridas durante a privação da liberdade, havendo obrigação de ressarcir os danos, ainda que morais, causados pela ausência de condições legais de encarceramento.

Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no

<sup>268</sup> PENNA, Flávia Chaves Nascimento Brandão. **O espaço mínimo pessoal como critério objetivo caracterizador de tratamento degradante e a aplicação da redução compensatória da pena privativa de liberdade**. 2021. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2021, p. 289.

<sup>269</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. **La medida cualitativa de prisión en el proceso de ejecución de la pena**. Programa de Transferencia de Resultados de la Investigación. Buenos Aires: FD-UBA, 2013, p. 11.

ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento. STF. Plenário. RE 580252/MS, rel. Min. Teori Zavascki, red. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, julgado em 16/2/2017 (repercussão geral) (Info 854).

Essa é a posição que adota o Supremo Tribunal Federal em consonância com os seguintes fundamentos constitucionais, legais e convencionais: Constituição Federal, art. 5º, XLVII, “e”; XLVIII; XLIX; Lei 7.210/84 (LEP), arts. 10; 11; 12; 40; 85; 87; 88; Lei 9.455/97 (Lei de tortura); Lei 12.847/2013 (Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura); Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, de 1966, arts. 2; 7; 10; e 14; Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, arts. 5º; 11; 25; Princípios e Boas Práticas para a Proteção de Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas – Resolução 01/08, aprovada pela CIDH; Convenção da ONU contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984; e Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros – adotadas no 1º Congresso das Nações Unidas para a Prevenção ao Crime e Tratamento de Delinquentes, de 1955.

Mas a reparação deve ir além do âmbito pecuniário, alcançando a compensação penal das penas abusivas e em descompasso com o ordenamento jurídico, como forma de reparação na via penal. Deve se levar em conta que

a) a lógica de reparação unicamente pecuniária produz a “precificação” da dignidade humana, ocultando ou subdimensionando, com cifras, as agruras sofridas pelas pessoas presas; b) que a obtenção de reparação pecuniária pelas pessoas presas é cercada por uma série de obstáculos, tais como dificuldade de reunir e apresentar ao juízo cível os documentos comprobatórios dos danos sofridos, receio de retaliação por parte do Estado, descrença no reconhecimento judicial do direito à reparação, desvalorização judicial dos danos morais das pessoas presas, em comparação a outros lesados e a outros eventos danosos (ex.: extravio de bagagens), imensa demora no recebimento da indenização, entre outros empecilhos; c) que tempo subtraído de pena é tempo subtraído de vida<sup>270</sup>.

Se faz imprescindível ferramentas de prevenção aos abusos carcerários, à tortura e tratamentos cruéis e degradantes no ambiente de cárcere e, concomitantemente, ir além do reducionismo pecuniário quando o assunto é a reparação de um dano já causado, promovendo dessa forma uma mensuração qualitativa do tempo de privação da liberdade, o que se contrapõe ao crescente

---

<sup>270</sup> ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Compensação penal por penas ou prisões abusivas**. Revista brasileira de ciências criminais, v. 25, n. 132, 2017, p. 335.

modelo atuarial<sup>271</sup>, na medida em que levará em consideração as questões estruturais e pragmáticas vividas pela pessoa do preso no ambiente carcerário conforme as situações do caso concreto e tendo por base a proporcionalidade e individualização da pena.

A lógica da compensação é a seguinte: se X sofrimento = tempo Z; a X sofrimento x 2 deve corresponder Z -2 tempo<sup>272</sup>. A lógica segue em consonância com o que dispõe o ordenamento jurídico pátrio, os princípios norteadores – sobretudo legalidade e proporcionalidade e a doutrina moderna.

Nesse sentido, vale destacar que o tempo no cárcere se difere do tempo em sociedade porque no cárcere devem ser levados em consideração outros fatores, ligados não apenas ao tempo, mas também ao espaço. A interseção entre um e outro impõe uma duração qualitativamente distinta de tempo, não linear<sup>273</sup>. O tempo cronológico não se confunde, dessa forma, com o tempo qualitativo da execução penal.

Este é o acertado entendimento já aplicado no Brasil e por diversos países, sobretudo na Europa, em países como Alemanha, Espanha, Itália. Ademais, a Corte Europeia de Direitos Humanos entende cabível a reparação civil por tratamento desumano ou degradante e já se manifestou no sentido de reconhecer a compensação penal como medida adequada em caso de violações de direitos humanos<sup>274</sup>.

O duplo cômputo é também aplicado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH em algumas de suas resoluções que serão a seguir analisadas, bem como será analisada a decisão do Superior Tribunal de Justiça no Recurso em Habeas Corpus – RHC número 136.961.

Diante da compensação penal e seus fundamentos constitucionais, convencionais, legais e teóricos ora expostos, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH adota a sua aplicação em algumas de suas resoluções a seguir.

---

<sup>271</sup> As doutrinas atuariais valorizam o domínio da estatística em detrimento do indivíduo, a fim de gerenciar grupos classificados como perigosos. Por meio da retórica do risco legitima o uso de instrumentos de cálculo atuarial para reorientação do sistema de justiça criminal, cujo fim imediato é o controle social de coletivos sociais e não de pessoas concretas, conforme explica Maurício Stegemann Dieter. DIETER, Maurício Stegemann. **Política Criminal Atuarial. A Criminologia do fim da história.** 2012 Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012, p. 9.

<sup>272</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Penas ilícitas: un desafío a la dogmática penal.** 1ª ed. - Ciudad. Autónoma de Buenos Aires: Editores del Sur, 2020, p. 29.

<sup>273</sup> MESSUTI, Ana. **O tempo como pena.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 38.

<sup>274</sup> Rodon Rexhepi v. Italia (petição n. 47180/10), em que a Corte Europeia de Direitos Humanos (parágrafo 59) reconheceu a compensação penal realizada pela Itália como reparação adequada.

Dois casos marcam as medidas adotadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, são eles o caso do Complexo do Curado em Recife/PE e o caso do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho – IPPSC, estabelecimento penal masculino localizado no Complexo Penitenciário de Gericinó, em Bangu, na Zona Oeste do Rio de Janeiro/RJ. A Corte já havia editado medidas anteriores<sup>275</sup> que visavam combater a grave situação que se encontrava em tais ambientes, mas essas medidas restaram sem efeitos práticos.

Com isso, em resolução de novembro de 2018, foi determinada a contagem em dobro dos dias que os presos permanecessem naqueles locais, realizando assim, uma redução compensatória dos danos decorrentes das condições insalubres do ambiente carcerário e da superlotação – superior a 200% nesses estabelecimentos; a situação é tão extrema que a população carcerária no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, em cerca de três anos, teve um aumento de 100% da população em relação a sua capacidade<sup>276</sup>. Quanto ao Complexo do Curado emitiu a seguinte decisão

[...] O Estado deverá arbitrar os meios para que, no prazo de seis meses a contar da presente decisão, se compute em dobro cada dia de privação de liberdade cumprido no Complexo de Curado, para todas as pessoas ali alojadas que não sejam acusadas de crimes contra a vida ou a integridade física, ou de crimes sexuais, ou não tenham sido por eles condenadas, nos termos dos considerandos 118 a 133 da presente resolução. 7. O Estado deverá organizar, no prazo de quatro meses a partir da presente decisão, uma equipe criminológica de profissionais, em especial psicólogos e assistentes sociais, sem prejuízo de outros, que, em pareceres assinados pelo menos por três deles, avalie o prognóstico de conduta, com base em indicadores de agressividade dos presos alojados no Complexo de Curado, acusados de crimes contra a vida e a integridade física, ou de crimes sexuais, ou por eles condenados. Segundo o resultado alcançado em cada caso, a equipe criminológica, ou pelo menos três de seus profissionais, conforme o prognóstico de conduta a que tenha chegado, aconselhará a conveniência ou inconveniência do cômputo em dobro do tempo de privação de liberdade ou, então, sua redução em menor medida<sup>277</sup>.

Em igual sentido quanto ao Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, tanto no que se refere a contagem em dobro – frisa-se, ambos os institutos estavam com o dobro de presos para sua capacidade de lotação, quanto no que se refere a exclusão

---

<sup>275</sup> Corte IDH. Assunto da Instituição Penal Plácido de Sá Carvalho em relação ao Brasil. Medidas Provisórias. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 13 de fevereiro de 2017; Corte IDH. Assunto da Instituição Penal Plácido de Sá Carvalho em relação ao Brasil. Medidas Provisórias. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 31 de agosto de 2017;

<sup>276</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Resolução da corte interamericana de direitos humanos de 22 de novembro de 2018**: medidas provisórias a respeito do Brasil assunto do Instituto Penal Plácido De Sá Carvalho. [Brasília]: CNJ, 2018.

<sup>277</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Resolução da corte interamericana de direitos humanos de 28 de novembro de 2018**: medidas provisórias a respeito do Brasil: assunto do Complexo Penitenciário De Curado. [Brasília]: CNJ, 2018.

do benefício para os condenados por crimes graves (como crimes contra a vida, a integridade física, crimes sexuais).

O Estado deverá arbitrar os meios para que, no prazo de seis meses a contar da presente decisão, se compute em dobro cada dia de privação de liberdade cumprido no IPPSC, para todas as pessoas ali alojadas, que não sejam acusadas de crimes contra a vida ou a integridade física, ou de crimes sexuais, ou não tenham sido por eles condenadas, nos termos dos Considerandos 115 a 130 da presente resolução. 5. O Estado deverá organizar, no prazo de quatro meses a partir da presente decisão, uma equipe criminológica de profissionais, em especial psicólogos e assistentes sociais, sem prejuízo de outros, que, em pareceres assinados por pelo menos três deles, avalie o prognóstico de conduta com base em indicadores de agressividade dos presos alojados no IPPSC, acusados de crimes contra a vida e a integridade física, ou de crimes sexuais, ou por eles condenados. Segundo o resultado verificado em cada caso, a equipe criminológica, ou pelo menos três de seus profissionais, conforme o prognóstico de conduta a que tenha chegado, aconselhará a conveniência ou inconveniência do cômputo em dobro do tempo de privação de liberdade, ou, então, sua redução em menor medida<sup>278</sup>.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos tem como base de entendimento decisões anteriores que orientavam o duplo cômputo na Europa, onde já se aplica o instituto de forma pacificada pelo Comitê Europeu para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes<sup>279</sup>.

Além das inspeções da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos expediu medidas provisórias em face do Brasil, tendo em vista a situação de grave violação à integridade pessoal dos presos, violando o que estabelece a Convenção Americana de Direitos Humanos - CADH<sup>280</sup>:

Art. 5.2 CADH. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

Art. 5.6 CADH. As penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.

Vale destacar que apesar da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos para os estabelecimentos mencionados, os casos não são isolados, mas generalizam-se em estabelecimentos prisionais de todo o país, conforme visto no capítulo oito.

<sup>278</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Resolução da corte interamericana de direitos humanos de 22 de novembro de 2018**: medidas provisórias a respeito do Brasil: assunto do Instituto Penal Plácido De Sá Carvalho. [Brasília]: CNJ, 2018.

<sup>279</sup> COUNCIL OF EUROPE. European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT). **Living space per prisoner in prison establishments: CPT standards**. Strasbourg: COE, 2015.

<sup>280</sup> BRASIL. **Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF: Presidência da República, [1992]. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm) Acesso em 20 maio 2021.

A CIDH também atribui aos magistrados – Poder Judiciário, a responsabilidade para combater o problema da superlotação e má condição do cárcere, posto que se trata de um fator que viola frontalmente a Constituição, dispositivos legais e principiológicos correlatos. Tal responsabilidade não se resume ao Poder Judiciário, devendo os demais poderes – legislativo e executivo, levar o problema em consideração quando do momento de suas atividades típicas.

Ocorre, contudo, que existe um problema estrutural entre os poderes. O Poder Legislativo, em sua atividade legiferante, tipifica cada vez mais condutas sem levar em consideração o problema da superlotação e a ausência de condições mínimas de dignidade humana no cárcere, afinal, exerce sua atividade precípua que é legislar e afasta sua responsabilidade no que diz respeito a infraestrutura prisional, como se tal fator devesse ser levado em conta exclusivamente pelos demais poderes, sobretudo o Poder Executivo.

O Poder Judiciário, por seu turno, possui o dever de aplicar a lei e assim o faz, ainda que essa lei esteja criminalizando novas condutas ou enrijecendo novas penas. Com isso, ainda que diante da grave situação carcerária, chega para o Judiciário a difícil missão de aplicação de leis que não levaram em conta a situação do cárcere quando do momento de sua elaboração<sup>281</sup>.

Nesse sentido Zaffaroni ensina que uma dogmática jurídico-penal incapaz de oferecer resposta ao juiz consciente e preocupado, não traz a racionalidade republicana à lei. Ademais, compartimentaliza o sistema penal a ponto de convidar os operadores dos órgãos do poder (juízes, promotores, defensores, funcionários judiciais) a desconsiderar inteiramente o que os outros órgãos do próprio sistema fazem, desarticula e desorganiza o sistema penal a ponto de induzir os juízes a omitirem qualquer consideração do resultado real de seus atos de governo da pólis<sup>282</sup>.

Se cada poder, de maneira segmentada, conclui que faz o que deve, nenhum dos poderes será responsável pelo todo, consolidando, assim, uma dogmática de

---

<sup>281</sup> Com tantos tipos penais, o Direito Penal está cada vez mais banalizado, seu caráter de *última ratio* é desrespeitado, dia após dia – o Direito Penal vem, assim, se tornando ferramenta principal ao invés de ferramenta subsidiária na proteção de determinados bens jurídicos, de onde é possível observar que a crise do sistema penal abrange um todo estrutural.

<sup>282</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. **Penas ilícitas y hermenéutica jurídica: un análisis a propósito de las medidas de la Corte IDH respecto del IPPSC**. Buenos Aires: Ediar, 2021. p. 40.

Direito Penal completamente alheia ao que corresponde um Estado de direito constitucional, ensina o autor<sup>283</sup>.

Quanto ao Poder Executivo, este último igualmente se furta do dever na medida em que é omissivo não apenas com questões estruturais do cárcere, mas também com relação ao uso das ferramentas legais que detém para o combate do problema – sobretudo a graça e o indulto.

A superpulação carcerária e a conseqüente falta de condições mínimas para a sobrevivência humana digna acarreta, nas palavras de Zaffaroni, penas ilícitas. O Brasil possui alguns instrumentos legais para combate às penas ilegais, conquanto não os utilize de forma efetiva. Além do mais, ainda carece o ordenamento jurídico brasileiro de uma estrutura política do Estado no sentido de aproximar os poderes da sua responsabilidade no todo.

Diante dessas considerações é possível observar que o problema não é tão simples, tampouco se resume a uma fórmula matemática, a lógica da compensação traz, de fato uma equação lógica em que se baseia (conforme já explicitado, se X sofrimento = tempo Z; a X sofrimento x 2 deve corresponder Z -2 tempo), mas não se resume a isso.

O problema é, como visto, estrutural. É preciso uma compreensão da responsabilidade por todos os poderes estatais. Ademais, a medida de compensação é uma medida paliativa, não resolve o problema por completo, ainda carecem respostas voltadas a prevenção do problema do significativo crescimento da população carcerária e ações estatais dirigidas à prevenção primária.

A compensação também não é a única alternativa, pelo contrário, deve incidir como última medida, quando não tenha sido possível, antes, evitar a infligência de um mal maior. Outra medida, talvez mais viável com relação a compensação, é a saída

---

<sup>283</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl, op. cit. loc. cit. (tradução nossa) “Una dogmática jurídico penal que no sea capaz de ofrecer una respuesta al juez consciente y preocupado de nuestra región, no solo está fallando en aportar racionalidad republicana al derecho, sino que incurre en un mal mayor: compartimentaliza al sistema penal de un modo tan extremadamente radical que invita a los operadores de las agencias del poder jurídico (jueces, fiscales, defensores, personal judicial) a desentenderse por entero de lo que hacen las otras agencias del propio sistema; desarticula y descoyunta en tal forma el sistema penal, que induce a los jueces a omitir toda consideración acerca del resultado real de sus actos de gobierno de la polis, cuando esta naturaleza es esencialmente inherente a su función en un sistema republicano que, por definición, impone la racionalidad en todo acto de gobierno. Al segmentar de esta manera al sistema penal, cada agencia (policía, jueces, penitenciarios, legisladores, políticos, medios de comunicación, académicos) concluirá que en su respectivo ámbito hace lo debido y, por ende, nadie será responsable del resultado del conjunto, es decir, de las torturas, las muertes y las penas crueles, inhumanas y degradantes”.

antecipada, eis o porquê: na saída antecipada o sujeito é retirado do ambiente indigno em que se encontra, na compensação ele permanece com base na escusa da contagem em dobro.

Aliás, ainda sobre a contagem em dobro, o grau de inflição pode variar e ser maior ou menor conforme as individualidades de cada caso, não é possível quantificar o grau em simples cálculo matemático. E mais, levanto em conta a compensação, magistrados poderiam, a seu critério – ante o mínimo e máximo de pena cominadas pelo legislador, realizar a dosimetria além do mínimo, justificando-se pela ideia da compensação - tendo em vista que apenas cumprirá a metade, levar-se isso em conta para quantificar no máximo que seja possível.

Isso é exemplo de outro viés da compensação, que poderia acabar fundamentando o estado de coisa inconstitucional que é o cárcere. Em outras palavras, o Estado, ao invés de optar pela adoção de medidas preventivas que enfrentem a raiz do problema, pode acabar optando pela via de curto prazo, mantém o estado de coisa inconstitucional como o é e utiliza a compensação como escusa.

Outro aspecto da decisão da CIDH merece destaque, a própria Corte reconhece o tratamento cruel e desumano dispensado aos presos, o que fundamenta a sua decisão de cômputo em dobro. Contudo, a um só tempo, essa mesma Corte diz que a regra não vale para todos os encarcerados, excluindo, assim, aqueles que tenham cometido crimes graves.

Essa ressalva não é coerente, dentre as características dos Direitos Humanos está a inerência, basta a condição de ser humano para fazer jus a sua proteção. Não faz sentido que aquele que tenha cometido um crime de maior ou menor potencial ofensivo tenha de ser submetido a penas mais ou menos ilícitas.

Dessa forma, é possível concluir que a medida representou um avanço comparada a mera compensação pecuniária e sobretudo representou um marco no cenário brasileiro – deu azo, conforme se verá adiante, a decisão de duplo cômputo no RHC número 136.961. Conforme discutido, não resolve o problema, mas é paliativa e não deve excluir medidas preventivas cruciais.

Além da compensação, a doutrina propõe a saída de ao menos outra pessoa presa para cada nova entrada no âmbito do sistema penitenciário. Nesse sentido, Rodrigo Roig ensina que

Nos orientamos fundamentalmente pelos vetores espaço e tempo. E o cárcere, mais do que outros meios, é meticulosamente orientado por eles. Com essas dimensões em mente, é possível ver com clareza que o princípio

do *numerus clausus* (cada nova entrada no âmbito do sistema penitenciário deve necessariamente corresponder à saída de no mínimo outra pessoa presa) está para o espaço, assim como o princípio da compensação penal está para o tempo. Se cada nova entrada no âmbito do sistema penitenciário deve necessariamente corresponder à saída de no mínimo outra pessoa presa, de modo que a proporção de presos se mantenha sempre idêntica, ou preferencialmente em redução (*numerus clausus* – dimensão espacial), por cada dia de encarceramento em condições de ilegalidade deve ser descontado no mínimo um dia de pena (compensação penal por penas ou prisões abusivas – dimensão temporal). Importante recordar que a incidência de uma das dimensões não exclui a outra. É perfeitamente possível a aplicação do *numerus clausus* concomitantemente à compensação penal. Ambos os institutos (ou princípios) corretores podem ser simultaneamente aplicados, promovendo, por exemplo, a soltura e a redução da pena da pessoa presa que tenha suportado condição de superlotação<sup>284</sup>.

Assim, o autor entende ser possível compensar a pena pelo cômputo em dobro, bem como aplicar o princípio do *numerus clausus*, sem que um instituto exclua o outro. Em outras palavras, é possível a aplicação de ambos os princípios de maneira concomitante.

Em linhas gerais, portanto, três proposições ganham destaque: a compensação penal (medida paliativa), o princípio do *numerus clausus* (para resolver a questão das vagas sem, contudo, afastar a necessidade de resolução de outras questões estruturais – medidas de saúde, salubridade, ensino, trabalho e tantas outras que apesar de legalmente determinadas, não passam do campo teórico) e a saída antecipada (retirada do indivíduo da situação carcerária degradante, medida que ainda encontra algumas limitações, sobretudo no que diz respeito a sua inaplicabilidade a depender da natureza do delito praticado).

A decisão do Superior Tribunal de Justiça publicada em 21 de junho de 2021, após decisões anteriores da CIDH, é pautada na resolução da Corte Interamericana De Direitos Humanos de 22 de novembro de 2018 que tratou de medidas provisórias a respeito do Instituto Penal Plácido De Sá Carvalho.

Quanto ao Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho - IPPSC, já foram expedidas cinco resoluções – 1) Corte IDH. Assunto da Instituição Penal Plácido de Sá Carvalho em relação ao Brasil. Medidas Provisórias. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 13 de fevereiro de 2017; 2) Corte IDH. Assunto da Instituição Penal Plácido de Sá Carvalho em relação ao Brasil. Medidas Provisórias. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 31 de agosto de 2017; 3) Corte IDH.

---

<sup>284</sup> ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Compensação penal por penas ou prisões abusivas**. Revista brasileira de ciências criminais, v. 25, n. 132, 2017, p. 345.

Assunto da Instituição Penal Plácido de Sá Carvalho em relação ao Brasil. Medidas Provisórias. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 22 de novembro de 2018; 4) Corte IDH. Assunto da Instituição Penal Plácido de Sá Carvalho em relação ao Brasil. Medidas Provisórias. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 14 de outubro de 2019. 5) Corte IDH. Assunto Unidade de Internação Socioeducativa, Complexo Penitenciário do Curado, Complexo Penitenciário de Pedrinhas e Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho a respeito do Brasil. Medidas provisórias. Resolução do Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 20 de abril de 2021.

O caso chegou a quinta turma do Superior Tribunal de Justiça por meio de agravo regimental interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro em face de decisão monocrática de recurso em Habeas Corpus que deu provimento, com base em parecer do MPF (atuando enquanto *custos legis*), para aplicar a decisão da Corte IDH, que é declaratória de um estado degradante reconhecido em relação àquele estabelecimento prisional e assim considerou a aplicação do cômputo em dobro para todo o período de pena cumprido naquele estabelecimento, de 09 de julho de 2017 a 24 de maio de 2019.

O agravo regimental do Ministério Público Estadual teve como objetivo discutir a questão voltada ao período em que se aplicaria o duplo cômputo no Instituto Penal Plácido De Sá Carvalho, se esse tempo seria contado em sua integralidade desde a prisão (*ex tunc*, retroagindo seus efeitos desde a entrada do preso no estabelecimento) ou se seria contado a partir da decisão, sem retroagir (portanto *ex nunc*).

É importante esclarecer que os Ministérios Públicos Federal e Estadual divergiram em seus posicionamentos, enquanto o Ministério Público Federal, atuando na condição de *custos legis*, emitiu parecer favorável a retroatividade para computar em dobro todo o período de pena cumprida no Instituto Penal Plácido De Sá Carvalho, o Ministério Público Estadual interpôs agravo regimental pleiteando a contagem apenas a partir da decisão, ou seja, de modo a não computar em dobro todo o período de pena cumprida, mas o período da data da decisão de compensação penal para frente.

O Superior Tribunal de Justiça já havia decidido, portanto, acerca da contagem do tempo integral em dobro, monocraticamente pelo Ministro Reynaldo Soares da

Fonseca no Recurso em Habeas Corpus, decisão que ensejou o agravo regimental do MPE no RHC referido e o assunto foi levado para decisão da quinta turma.

Dito isso, tem-se a seguinte linha do tempo: 1) Decisão da oitava câmara criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro denegou, por unanimidade, a ordem de Habeas Corpus - HC número 0056922-61.2020.8.19.0000<sup>285</sup> em 23 de setembro de 2020 (relatoria da desembargadora Suely Lopes Magalhães), no acórdão a câmara criminal aduziu, em síntese, que

não se discute o direito à contagem em dobro da pena, tanto o é, que o pleito foi acolhido pelo juízo impetrado. Referida resolução foi omissa quanto marco a quo da contagem, de forma que se deve aplicar as regras do ordenamento jurídico brasileiro, que confere efetividade e coercibilidade as decisões, na data de sua notificação formal, *in casu*, no dia 14 de dezembro de 2018.

2) Decisão monocrática<sup>286</sup> do Superior Tribunal de Justiça deu provimento ao recurso ordinário em Habeas Corpus interposto em face do acórdão referido, em 28 de abril de 2021 (Ministro Reynaldo Soares da Fonseca), para computar em dobro todo o período em que o paciente cumpriu pena no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho (de 09 de julho de 2017 a 24 de maio de 2019).

3) Agravo Regimental em face da decisão monocrática, julgado em 5 de junho de 2021 e publicado em 21 de junho de 2021, levou o assunto para debate da quinta turma que, manteve o entendimento exarado no recurso ordinário aludido e negou provimento ao agravo regimental interposto.

Mister pontuar que, mesmo diante da Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 22/11/2018 que já reconhecia e deixava clara a situação degradante flagrada no ambiente carcerário do Instituto Penal Plácido De Sá Carvalho, tanto juiz da execução quanto Tribunal de Justiça interpretaram a omissão da Corte IDH em deixar expressa a data em que se aplicara o duplo cômputo como forma de se furtar da execução do duplo cômputo pelo período integral de pena cumprido.

No que se refere ao termo a quo a partir do qual a medida ora em escopo é aplicável, deve-se ter como parâmetro o dia 14/12/2018, data em que o Brasil foi formalmente notificado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos para cumprimento das medidas dispostas na Resolução de 22/11/2018. Pelo vigo de todo o exposto, DEFIRO o pleito. CUMPRA-SE a Resolução CIDH de

---

<sup>285</sup> RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 0056922-61.2020.8.19.0000. Relatora: Desembargadora Suely Lopes Magalhães, 23 set. 2020. **Diário de Justiça Eletrônico**, Rio de Janeiro, RJ, 23 set. 2020. p. 1-5.

<sup>286</sup> BRASIL. Superior Tribunal Federal (Decisão monocrática). Recurso em Habeas Corpus número 136.961. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 28 abr. 2021. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 30 abr. 2021. p. 1-6.

22/11/2018, computando-se EM DOBRO o tempo de pena cumprida pelo penitente no Instituto Plácido Sá Carvalho de 17.08.2018 até 06.09.2019, conforme TFD, ou seja, pelo período em que esteve configurada a situação constatada pela CIDH. Registre-se o incidente de 'remição', explicitando-se o período de prisão ora "dobrado"<sup>287</sup>.

O duplo cômputo visa satisfazer uma compensação penal em face de pena ilícita. Sendo a compensação penal o objetivo, seria incoerente a limitação temporal da aplicabilidade da medida para vigorar apenas da data em que o Brasil foi formalmente notificado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, posto que parte do período de tempo cumprido ficaria sem compensação. É nesse sentido a decisão do Superior Tribunal de Justiça.

O Ministério Público estadual argumentou que a determinação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, Resolução de 22 de novembro de 2018 da CIDH, teria natureza de medida cautelar provisória, nos termos do art. 63.2 da Convenção Americana. Por isso, não poderia produzir efeitos retroativos, mas apenas *ex nunc*, a contar da intimação da parte obrigada.

O STJ, no entanto, compreendeu que a referida decisão produz autoridade de coisa julgada internacional, com eficácia vinculante e direta às partes, sendo assim

as instâncias inferiores ao diferirem os efeitos da decisão para o momento em que o Estado Brasileiro tomou ciência da decisão proferida pela Corte Interamericana, deixando com isso de computar parte do período em que o recorrente teria cumprido pena em situação considerada degradante, deixaram de dar cumprimento a tal mandamento, levando em conta que as sentenças da Corte possuem eficácia imediata para os Estados Partes e efeito meramente declaratório<sup>288</sup>.

Ademais, esclarece na decisão que o caráter de urgência da medida provisória não possui o condão de limitar os efeitos da obrigação decorrente da resolução, pelo contrário, o caráter de urgência demonstra a imprescindibilidade de que a medida seja cumprida de forma célere, levando em conta a gravidade do caso.

Deixa claro que a restrição para gerar efeitos *ex nunc* significaria, em última análise, limitar no tempo de forma arbitrária as circunstâncias degradantes de cumprimento carcerário que ensejaram o cômputo em dobro pela Corte. Modular os efeitos como o MPE pretende não seria possível de qualquer modo, posto que

---

<sup>287</sup> Manifestação do juízo da execução apontada no Agravo Regimental no Recurso em Habeas Corpus Nº 136.961 - RJ (2020/0284469-3). BRASIL. Superior Tribunal Federal (5. Turma). Agravo regimental no Recurso em Habeas Corpus número 136.961. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 15 jun. 2021. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 21 jun. 2021, p. 9.

<sup>288</sup> BRASIL. Superior Tribunal Federal (5. Turma). Agravo regimental no Recurso em Habeas Corpus número 136.961. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 15 jun. 2021. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 21 jun. 2021, p. 12.

traduziria situação incompatível com a realidade fática, como se o paciente em sede de habeas corpus tivesse cumprido um período dessa pena em condições diversas até a notificação pela CIDH<sup>289</sup>.

O Tribunal também lança mão do princípio *pro personae*, em que deve prevalecer a interpretação da sentença da Corte IDH da maneira mais favorável possível para a pessoa que tem seus Direitos violados. Nesse sentido também explicita que “os juízes nacionais devem agir como juízes interamericanos e estabelecer o diálogo entre o direito interno e o direito internacional dos direitos humanos, até mesmo para diminuir violações e abreviar as demandas internacionais<sup>290</sup>”. Essa é a interpretação que mais se aproxima da Constituição Federal brasileira, assim explica Fonseca que

o horizonte da fraternidade é, na verdade, o que mais se ajusta com a efetiva tutela dos direitos humanos fundamentais. A certeza de que o titular desses direitos é qualquer pessoa, deve sempre influenciar a interpretação das normas e a ação dos atores do Direito e do Sistema de Justiça<sup>291</sup>.

Destaca-se que no presente caso a contagem integral do tempo de pena cumprido em dobro possibilitaria ainda a concessão do livramento condicional ao preso e, ainda assim, magistrados da primeira e segunda instância que avaliaram a questão antes da análise do STJ decidiram de forma contrária aos princípios da fraternidade e *pro personae*, sem levar em conta ainda, que o livramento condicional é um instituto que possibilita proporcionar condições para a harmônica integração social do preso, um dos objetivos da execução penal disposto na Lei de Execução Penal – LEP.

Assim, apesar das resoluções da Corte IDH, é possível observar ainda certa resistência no que tange à execução efetiva das medidas, tal como ocorreu no juízo a quo, bem como no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, na tentativa de limitar a execução da determinação. Apesar da situação carcerária brasileira e de algumas medidas que a própria jurisprudência já apresenta, é ainda um desafio a implantação de medidas resolutivas em todo o cenário nacional – não apenas a casos pontuais.

---

<sup>289</sup> BRASIL. Superior Tribunal Federal (5. Turma). Agravo regimental no Recurso em Habeas Corpus número 136.961. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 15 jun. 2021. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 21 jun. 2021, p. 13.

<sup>290</sup> BRASIL. Superior Tribunal Federal (5ª Turma). Agravo regimental no Recurso em Habeas Corpus número 136.961. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 15 jun. 2021. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 21 jun. 2021, p. 14.

<sup>291</sup> FONSECA, Reynaldo Soares da. **O Princípio Constitucional da Fraternidade: seu resgate no Sistema de Justiça**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.



## 10 CONCLUSÃO

O escopo de resolução dos problemas criminais do século XXI devem compreender a necessidade de uma análise política pelos poderes, de modo que a questão seja uma preocupação de todos os órgãos do poder. O saber criminológico não deve ser desprezado, a política criminal, indissociavelmente ligada à criminologia e ao Direito Penal, são disciplinas que devem dialogar entre si.

Os dados escancaram uma realidade na qual não se pode fechar os olhos, o debate acerca da questão não deve ser fechado entre os poderes ou ambiente acadêmico, mas deve compreender, sobretudo, a participação da própria sociedade, a fim de desmistificar os discursos que encobrem as relações de poder marginal e a quota de violência do controle social repressivo, certo que a manipulação das classes se torna um obstáculo nessa tentativa. Para isso, é fundamental discutir e, acima de tudo, construir, uma sociedade menos punitivista e mais tolerante, sob a égide de uma política criminal de ruptura.

Um segundo passo é a adoção de medidas práticas. A fim de reduzir certos graus de discricionariedade judicial e estabelecer maior segurança jurídica, o garantismo propõe a positivação de tal plano, que deve prever estratégias de ação e consequências jurídicas em caso de não aplicação (como o cômputo em dobro e outras proposições já existentes no ambiente acadêmico e jurisprudencial, discutidas no capítulo nove).

Vale esclarecer que as proposições conformadas pela doutrina e jurisprudência nacional e internacional são compatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro já vigente, conquanto carecem de atuação dos órgãos de poder. A positivação de determinadas proposições e consequências, ora proposta pelo garantismo, visa resguardar a segurança jurídica e o problema da ampla discricionariedade, porém vale aclarar que a ausência dessa positivação não impede a atuação dos órgãos de poder, posto que o ordenamento jurídico vigente é compatível com as medidas estudadas.

No que concerne às penas carcerárias, o garantismo propõe a redução temporal em perspectiva de sua eliminação. A superação da pena de prisão só será possível na medida em que um processo gradual de redução do tempo de prisão, somado a um processo cultural e de redução das bases da violência possam se consolidar ao longo do tempo.

Para tanto, sugere o lapso temporal máximo de dez anos de privação de liberdade, atendendo ao critério da proporcionalidade conforme cada conduta delituosa. Deve haver também uma política de provisão de vagas de trabalho, o trabalho deverá ser facultativo e estimulado com salário, uma das coerentes proposições do garantismo em face de um cárcere que prevê a regra do trabalho obrigatório – à exceção dos presos provisórios e casos de crimes políticos –, mas que não disponibiliza vagas de trabalho.

Sugere ainda a possibilidade da substituição das penas de privação total da liberdade por penas autônomas de semiliberdade, como prisão domiciliar, limitação de fim de semana, liberdade vigiada, residência obrigatória, proibição de residir em determinado local e outras congêneres, conformando um processo de descarcerização.

Quanto às privações de liberdade em caráter provisório, essas devem ser eliminadas, posto que viola a paridade processual inerente ao processo penal acusatório. O processo, por si, enseja penas processuais, denominadas pelo garantismo como estigmatização pública. Essa estigmatização é responsável pelas sanções penais atípicas que provocam a inflação do processo penal, observada sobretudo nos encarceramentos preventivos.

Além da abolição da prisão preventiva, é imprescindível a redução nos prazos do processo, a fim de atingir maior celeridade processual penal e conseqüentemente resgatar a legitimação do judiciário e o papel de garantidores dos direitos fundamentais dos cidadãos aos juízes.

No entanto, ao invés de prezar pelas garantias fundamentais da celeridade processual e da privação da liberdade em *ultima ratio*, o processo penal, cada vez mais distante de alcançar a almejada celeridade, acaba por utilizar de prisões provisórias, isto é, ilegítimas por sua própria natureza, na tentativa frustrada de resgatar a legitimação do judiciário e o papel de garantidores dos direitos fundamentais dos cidadãos aos juízes.

Há, nesse sentido, uma inversão completa de valores, ao se furta do enfrentamento do problema que afeta a duração do processo, o judiciário acaba por abraçar o raso discurso punitivista de aumentar as prisões, precipuamente provisórias, o que, não resolve a crise do sistema penal, senão a retroalimenta. O garantismo preceitua que a pena pode igualmente ser menos severa quanto mais rápida e infalível for a sua aplicação, sendo este o caminho adequado.

A respeito das penas pecuniárias, o garantismo destaca que essas são desproporcionais, impessoais e duplamente injustas, razão pela qual são incompatíveis com o Direito Penal e estimulam a transformação da pena em tributo, (natureza de sanção administrativa), não havendo outra saída, senão pela sua abolição.

Também é preciso, em uma perspectiva de Direito Penal mínimo, atendendo aos princípios axiológicos fundamentais – especialmente o *nulla lex (poenalis) sine necessitate* e *nulla necessitas sine injuria* – promover uma redefinição teórica e normativa da pena, no sentido de compreender a pena na sua relação de consequentialidade sobre o delito, apta a não deseducar e não perverter a pessoa do condenado, reduzindo, redimensionando e redefinindo legalmente os seus conteúdos.

O garantismo também observa que as medidas extrapenais e as sanções sem processo desrespeitem as garantias inerentes a pena, motivo pelo qual se faz necessário o seu fim.

Sobre este ponto, é interessante destacar que, tais medidas extrapenais, apesar de ser um meio de descarcerização (que ocorre nos crimes de menor potencial ofensivo e, com a incidência do acordo de não persecução penal, alcançam também os crimes de médio potencial ofensivo sem violência ou grave ameaça), na perspectiva garantista tais condutas jamais poderiam ser tipificadas como delitos, por desatender aos princípios da necessidade e da lesividade e promoverem, na verdade, a excessiva inflação das proibições.

Ainda, as penas acessórias ou de interdição são igualmente incompatíveis com o garantismo, uma vez que infringem o principio jurisdicional da equidade e da retributividade e não guardam relação de consequentialidade do delito, mas da própria condenação, consolidando efeitos pós-penais estigmatizantes, esses efeitos penais secundários são criticados pelo garantismo por violarem princípios fundamentais e criarem na pessoa do condenado um estigma social.

Conforme trabalhado no capítulo quatro, as proposições de Luigi Ferrajoli podem ser elencadas, em apertada síntese, da seguinte maneira:

1. Supressão das penas pecuniárias, porque violam a igualdade, a impessoalidade e a proporcionalidade, além de estimularem a transformação da pena em tributo (sanção administrativa), não havendo outra alternativa, senão pela sua abolição.

2. Redução das penas privativas de liberdade para o máximo de dez anos com a perspectiva de eliminação das penas de privação total da liberdade.

3. Substituição das penas de privação total da liberdade (e consequente descarcerização) por penas autônomas de semiliberdade, prisão domiciliar, limitação de fim de semana, liberdade vigiada, residência obrigatória, proibição de residir em determinado local e outras similares.

4. Redefinição teórica e normativa da pena, dado que a pena não pode ser concebida com fins de ressocialização ou reeducação do condenado (ou qualquer outro modelo de defesa social), senão como consequencialidade em relação ao delito, apta a não deseducar e não perverter a pessoa do condenado. Ademais, uma reforma normativa é necessária para reduzir, redimensionar e redefinir legalmente os conteúdos.

5. Fim da duplicidade da pena enquanto função exemplar e disciplinatória, por ser incompatível com o modelo garantista de Direito Penal.

6. Abolição dos crimes de menor potencial ofensivo e de todas as contravenções penais.

7. Fim das prisões provisórias, posto que são ilegítimas e não guardam relação com a presunção de inocência e a paridade no processo penal.

8. Maior celeridade do processo penal, com a redução dos prazos processuais penais.

9. Fim das medidas extrapenais e das sanções sem processo, uma vez que desrespeitem as garantias inerentes a pena.

10. Fim das penas acessórias ou de interdição, uma vez que infringem o princípio jurisdicional da equidade e da retributividade e não guardam relação de consequencialidade do delito, mas da própria condenação, consolidando efeitos pós-penais estigmatizantes.

Há, como dito, questões políticas ligadas a atenção ou ausência de atenção que é dada a questão da pena. Na medida em que o político – sobretudo os poderes executivo e legislativo –, está interessado tão somente no que lhe promove votos, a consequência prática será a seguinte: enquanto o discurso punitivista estiver em alta, em alta também estarão medidas que não visem a solução do problema, mas o seu agravamento (aumento da taxa de aprisionamento, tipificação de novos delitos, dentre outras medidas nesse sentido), como se observa no cenário atual.

Ademais, é preciso submeter o Direito ao ônus da justificação, na medida em que a mera legalidade, em sua limitação formal, não pressupõe a validade de uma lei se afastada da análise da sua dimensão estrita. O que significa que, presente a mera legalidade há uma lei formal vigente, que não será necessariamente válida, porquanto para observar a validade será necessária a presença também da estrita legalidade.

No garantismo, vale lembrar, essa estrita legalidade é a satisfação de um conjunto de princípios axiológicos fundamentais imprescindíveis à legalidade penal no processo legislativo – que consolida uma limitação substancial as leis.

Face à crise famigerada e algumas proposições apresentadas nesse estudo, fica claro que o repensamento de um novo sistema de penas é pertinente e indispensável, sendo que o sistema atual configura uma crise institucionalizada e permanente, o que faz do sistema penitenciário brasileiro um estado de coisa inconstitucional, em desconformidade efetiva com o modelo de Garantismo Penal.

O Direito Penal, que fundamenta sua legitimidade na igualdade, se torna mera carta de intenções ao não ultrapassar o campo da formalidade, conclusão que se pode extrair com o interacionismo, dado que há grupos subtraídos do controle penal. A partir desse dado, torna-se desafiador pensar em uma pena justa diante de uma sociedade desigual, razão porque o Direito Penal deve servir não enquanto uma ferramenta de justificação arbitrária, mas enquanto ferramenta delimitadora do poder punitivo estatal.

O desvio constitui-se das relações de poder e a implementação material da igualdade deve partir das preocupações voltadas a desnudar esse problema. As proposições garantistas abordadas, suas propostas complementares e as reflexões críticas apresentadas ao longo desse estudo guiam os primeiros passos para esse caminho.

## REFERÊNCIAS

ALEIXO, Klelia Canabrava; PENIDO, Flávia Ávila. **Execução penal e resistências**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

ALEIXO, Klelia Canabrava; PEREIRA, Henrique Viana. Para além das ambivalências: por uma política criminal desencarceradora. **Revista DUC in Altum Cadernos de Direito**, v.7, n.13, p. 253-272. set./dez. 2015.

ALVES, Sílvia. **Punir e humanizar: o Direito Penal Setecentista**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

ANDRADE, Vera. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. **Revista Sequência**, v. 16, n. 30, 1995.

ANIYAR DE CASTRO, Lola. **El movimiento de la teoría criminologica y evaluacion de su estado actual**. In: Anuario de derecho penal y ciencias penales, fasc. 3, 1983.

ANIYAR DE CASTRO, Lola. **Criminologia da reação social**. Tradução e Acréscimos de Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1983, p.192

ANTUNES, Ruy da Costa. **Problemática da pena**. (Tese de Cátedra). Recife: Edição do autor, 1958.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Critica e Critica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal**. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BARATTA, Alessandro. Observaciones sobre las funciones de la carcel en la produccion de las relaciones sociales de desigualdad. **Nuevo foro penal**, n. 15, 1982.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2ª ed. Leme: CL Edjur, 2012.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. O sentido da pena e a racionalidade de sua aplicação no estado democrático de direito brasileiro. **Revista da Faculdade Mineira De Direito - PUC Minas**, Belo Horizonte, v. 21, n. 41, p. 1-31, 2018.

BENTHAM, Jeremias. **Teoria das penas legais Tratado dos sofismas políticos**. São Paulo: Edições Cultura, 1943.

BITENCOURT, César Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 21ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

BOIX, Vicente. **El sistema penitenciario del presidio correccional de Valencia**. Valencia: Imprenta del presidio, 1850.

BRANDÃO, Claudio. **Teoria jurídica do crime**. 5ª edição. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

BRANDÃO, Claudio. **Curso de Direito Penal Parte Geral**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BRANDÃO, C. Francisco de Vitoria y la raíz del derecho penal. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 18, n. 1, p. 165-186, 14 jun. 2017.

BRANDÃO, Cláudio. Poder e Seletividade: Os Processos de Criminalização na América Latina e os seus impactos na crise do discurso penal. **Caderndo de Relações Internacionais**, vol. 10, no 18, jan-jun. 2019, p. 297-318.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, [...]. Brasília, DF: Planalto, [1988]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 09 fev. 2020.

BRASIL. **Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [1940]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm) Acesso em 12 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1940]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm) Acesso em 12 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [1984]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm) Acesso em 12 mar. 2020.

BRASIL. **Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF: Presidência da República, [1992]. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm) Acesso em 20 maio 2021.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**. Brasília: INFOPEN, 2014.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**. Brasília: INFOPEN, 2017.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**. Brasília: INFOPEN, 2017a.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**. Brasília: INFOPEN, 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF**. Brasília, 9 set. 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560> Acesso em: 02 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal Federal (Decisão monocrática). Recurso em Habeas Corpus número 136.961. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 28 abr. 2021. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 30 abr. 2021. p. 1-6. Disponível em [https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo\\_documento=documento&componente=MON&sequencial=125604537&tipo\\_documento=documento&num\\_registro=202002844693&data=20210430&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=125604537&tipo_documento=documento&num_registro=202002844693&data=20210430&formato=PDF) Acesso em: 22 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal Federal (5ª Turma). Agravo regimental no Recurso em Habeas Corpus número 136.961. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 15 jun. 2021. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 21 jun. 2021. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2069460&num\\_registro=202002844693&data=20210621&peticao\\_numero=202100442356&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2069460&num_registro=202002844693&data=20210621&peticao_numero=202100442356&formato=PDF) Acesso em: 23 set. 2021.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 878.

CARNELUTTI, Francesco. **O problema da pena**. São Paulo: Pillares, 2015.

CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e Garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2ª ed. ampliada, 2002.

CARVALHO; BORGES; RÊGO. **Interacionismo Simbólico: Origens, Pressupostos e Contribuições aos Estudos em Psicologia Social**. Psicol. cienc. prof. v.30 n.1 Brasília mar. 2010, Disponível em: [http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1414-98932010000100011](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98932010000100011) Acesso em 25 jun. 2021.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Resolução da Corte Interamericana de direitos humanos de 13 de fevereiro de 2017**: medidas provisórias a respeito do Brasil: assunto do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho. [Washington]: CIDH, 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Resolução da corte interamericana de direitos humanos de 22 de maio de 2014**: medidas provisórias

a respeito do Brasil assunto do complexo penitenciário de curado. [Brasília]: CNJ, 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Resolução da corte interamericana de direitos humanos de 22 de novembro de 2018**: medidas provisórias a respeito do Brasil assunto do Instituto Penal Plácido De Sá Carvalho. [Brasília]: CNJ, 2018.

CORTINA, Monica Ovinski de Camargo. **Mulheres e tráfico de drogas: aprisionamento e criminologia feminista**. Revista Estudos Feministas, Florianópolis, 2015, p. 767.

COUNCIL OF EUROPE. European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT). **Living space per prisoner in prison establishments**: CPT standards. Strasbourg: COE, 15 Dec. 2015 CPT/Inf (2015) 44.

CUELLO CALON, Eugenio. **La moderna Penología**. (Represión del delito y tratamiento de los delincuentes. Penas y medidas. Su ejecución). Tomo I. Barcelona: Bosch, 1958, p. 312.

DIETER, Maurício Stegemann. **Política Criminal Atuarial. A Criminologia do fim da história**. 2012 Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012.

DUARTE, Renata Pacheco. **A escumalha do cárcere: desafios do garantismo na sociedade desigual brasileira**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017.

FELDENS, Luciano. Aproximações teóricas sobre o garantismo jurídico. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.) et all. **Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II**. 2 ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y dolor**. In: Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho. 2007. p. 197.

FERRAJOLI, Luigi. **Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional**. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

FERRI, Enrico. **Sociología criminal**., tomo II. Madrid: Edigráfica, S.A., 2004.

FEUERBACH, Ludwig. **Tratado de Derecho Penal**. Buenos Aires: Editorial Hammurabi S.R.L., 1989.

FONSECA, João José Saraiva da. **Metodologia da Pesquisa Científica**. Disponível em: <http://www.dqi.ufms.br/~lp4/apostilaMetodologia.pdf> Acesso em 23 de out. 2019.

FONSECA, Reynaldo Soares da. **O Princípio Constitucional da Fraternidade: seu resgate no Sistema de Justiça**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

FOPPEL, Gamil. **A função da pena na visão de Claus Roxin**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**; tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**; tradução de Raquel Ramallete. 42ª ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

FREUD, Sigmund. **Reflexões para os tempos de guerra e morte**. In: Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud. 2ª ed., v.XIV. Rio de Janeiro: Imago 1987.

GARRIDO GUZMÁN, Luis. **Compendio de Ciência Penitenciária**. Valencia: Universidad de Valencia, 1976.

GERHARDT, Tatiana Engel; SILVEIRA, Denise Tolfo. **Métodos de pesquisa**. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2009, p. 34. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/cursopgdr/downloadsSerie/derad005.pdf>. Acesso em 23 de out. 2019.

GUIRAO, Rafael Alcácer. Los fines del Derecho Penal. Una aproximación desde la filosofía política. In: **Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales**, 1998.

IPPOLITO, Dario. O garantismo de Luigi Ferrajoli. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, 2011.

KANT, Immanuel. **Princípios metafísicos del Derecho**. Madrid: V. Suarez, 1873.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 5ª ed. São Paulo: Atlas 2003.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MELOSSI, Dario. PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica - As origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)**. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2006.

MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Atualização - Junho de 2017 Consultor: Marcos Vinícius Moura Silva. p.31 Disponível em <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>.

PEDRINHA, Roberta Duboc. Notas Sobre o Garantismo de Luigi Ferrajoli: da base principiológica ao modelo penal – A Imperatividade de Sua Aplicação e a Efetividade dos Direitos Fundamentais. **Revista da Faculdade de Direito Cândido Mendes**, Rio de Janeiro, ano 12, n. 12, p. 187-206, 2007.

PENNA, Flávia Chaves Nascimento Brandão. **O espaço mínimo pessoal como critério objetivo caracterizador de tratamento degradante e a aplicação da redução compensatória da pena privativa de liberdade**. 2021. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2021.

PLANAS, Ricardo Robles. **Estudos de dogmática jurídico-penal: Fundamentos, teoria do delito e Direito Penal econômico**. In: BRANDÃO, Cláudio. Coleção Ciência Criminal Contemporânea, vol. 6. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 0056922 61.2020.8.19.0000. Relatora: Desembargadora Suely Lopes Magalhães, 23 set. 2020. **Diário de Justiça Eletrônico**, Rio de Janeiro, RJ, 23 set. 2020. p. 1-5. Disponível em <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00046CBB61543B978BDF75F00001C024BC03C50D1D143D2B&USER=> Acesso em 23 set. 2021.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada **Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros**. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Compensação penal por penas ou prisões abusivas**. In: Revista brasileira de ciências criminais, v. 25, n. 132, 2017.

ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

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

ROXIN, Claus. Sentidos e limites da pena estatal. In: **Problemas fundamentais de direito penal**. Tradução de Ana Paula dos Santos e Luis Nastscheradetz. 3ª ed. Lisboa: Vega, 2004.

ROXIN, Claus. **Fundamentos político-criminais e dogmáticos do direito penal**. In: Revista brasileira de ciências criminais, v. 112, 2015.

ROXIN, Claus. **Política Criminal y Sistema del Derecho Penal**. 2ª ed. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2002.

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Trad. de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Malum passionais. Mitigar el dolor del Derecho Penal**. Barcelona: Atelier, 2018.

TAVARES, Juarez. Do parecer no tocante à consulta do ilustre Professor Doutor Daniel Sarmento, acerca da relação entre as condições concretas de funcionamento do sistema prisional brasileiro e o alcance dos objetivos manifestos da pena, bem como sobre a viabilidade de o Poder Judiciário levar em conta tais condições nos momentos da fixação e execução das penas privativas de liberdade e medidas cautelares de prisão. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. ADPF nº 347/2015. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/267050676/Parecer-Sistema-Carcera-rio-Versao-Final> Acesso em: 29 jul. 2021.

THE WORLD PRISON BRIEF. **Highest to Lowest Prison Population Total.** London, 2020. Disponível em [https://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total?field\\_region\\_taxonomy\\_tid=All](https://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total?field_region_taxonomy_tid=All) Acesso em 16 mar. 2020.

THE WORLD PRISON BRIEF. **Highest to Lowest - Prison Population Rate.** London, 2020. [https://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison\\_population\\_rate?field\\_region\\_taxonomy\\_tid=All](https://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison_population_rate?field_region_taxonomy_tid=All) Acesso em 16 mar. 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. Dos Santos, Ílison Dias. **A nova crítica criminológica: criminologia em tempos de totalitarismo financeiro.** 1ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Criminologia. Aproximacion desde una margen.** Buenos Aires: Temis, 1988.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; SLOKAR; Alejandro; ALAGIA, Alejandro. **Derecho penal: parte general.** 2ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro – I.** Rio de Janeiro: Revan, 2003

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal.** 5ª ed. Rio de Janeiro: REVAN, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. **La medida cualitativa de prisión en el proceso de ejecución de la pena.** Programa de Transferencia de Resultados de la Investigación. Buenos Aires: FD-UBA, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Manual de direito penal brasileiro.** 9ª ed. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O Inimigo no Direito Penal.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Penas ilícitas: un desafío a la dogmática penal.** 1ª ed. - Ciudad. Autónoma de Buenos Aires: Editores del Sur, 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. **Penas ilícitas y hermenéutica jurídica: un análisis a propósito de las medidas de la Corte IDH respecto del IPPSC.** Buenos Aires: Ediar, 2021.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Tratado de Derecho Penal**. Buenos Aires: Ediar, 1998.

WELZEL, Hans. **Derecho penal Parte General**. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956, p.234.