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

Thais Diniz Silva de Carvalho

POLÍTICAS CRIMINAIS EMERGENCIAIS E SAÍDAS TEMPORÁRIAS: por um garantismo penal a partir da concepção agnóstica da pena

Belo Horizonte
2026

Thais Diniz Silva de Carvalho

POLÍTICAS CRIMINAIS EMERGENCIAIS E SAÍDAS TEMPORÁRIAS: por um garantismo penal a partir da concepção agnóstica da pena

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais como requisito parcial à obtenção do título Mestra em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Henrique Viana Pereira.

Área de concentração: Democracia, Liberdade e Cidadania.

Linha de pesquisa: Intervenção Penal e Garantismo

Belo Horizonte

2026

FICHA CATALOGRÁFICA
Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Carvalho, Thais Diniz Silva de
C331p Políticas criminais emergenciais e saídas temporárias: por um garantismo penal a partir da concepção agnóstica da pena / Thais Diniz Silva de Carvalho. Belo Horizonte, 2026.
136 f. : il.

Orientador: Henrique Viana Pereira
Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Política criminal. 2. Pena (Direito). 3. Sistema penitenciário. 4. Execução penal. 5. Regime penitenciário. 6. Monitoração eletrônica de preso. 7. Garantismo penal. I. Pereira, Henrique Viana. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 343.21
Ficha catalográfica elaborada por Fabiana Marques de Souza e Silva - CRB 6/2086

Thais Diniz Silva de Carvalho

POLÍTICAS CRIMINAIS EMERGENCIAIS E SAÍDAS TEMPORÁRIAS: por um garantismo penal a partir da concepção agnóstica da pena

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais como requisito parcial à obtenção do título Mestra em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Henrique Viana Pereira.

Área de concentração: Democracia, Liberdade e Cidadania.

Linha de pesquisa: Intervenção Penal e Garantismo

Prof. Dr. Henrique Viana Pereira – PUC Minas (Orientador)

Prof.ª Dr. Poliana Renata Cardoso – Suplente PUC Minas (Banca Examinadora)

Prof. Drª Daniela Moreira de Souza - UNIFEMM (Banca Examinadora)

Belo Horizonte, 11 de março de 2026

Àqueles que, sob os escombros de uma sociedade essencialmente colonizada, não experimentam a isonomia preconizada pela Constituição Federal. Mais importante que a pena, é o objeto – humano – que a suporta.

AGRADECIMENTOS

Não me parece impossível que realizemos sonhos predominantemente desapoiados, mas, particularmente, não posso afirmar que é esta a vivência de que comungo. Na realidade, muitas foram as "sortes" em forma de pessoas que passaram pelos meus caminhos desde que Deus me entregou o privilégio da vida.

Também me parece leviano tentar sintetizar nesta breve lauda de agradecimento, a demasiada gratidão que sinto pelos meus e por aqueles que, nos encontros da vida, comigo escolheram permanecer durante essa jornada. Certa feita, a propósito, li uma dedicatória de um trabalho de conclusão de curso que, ao fim, expunha a razão do ato, declarando a autora que se direcionava àqueles que "sob muito sol, me fizeram chegar até aqui, na sombra".

Em que pese já não mais me recorde a quem pertence tal reflexão, faço agora, sem intenção de alcançar tamanho brilhantismo poético, minhas breves paráfrases àqueles a quem agradeço, já que fazem parte do fim de um ciclo que representa um sonho há muito gerado e, nos últimos dois anos, nutrido.

À Deus, fonte de inesgotável graça, eternamente favor imerecido, que me sustentou ainda quando os paradoxos e expiações da vida humana me colocaram à prova.

Aos meus pais, que, cada um a seu modo, foram exemplos dos valores que hoje me convocam a profissão que escolhi. Pai, lhe dedico minha eterna admiração por ser para mim exemplo da empatia de que o mundo carece. Ninguém nunca me faria acreditar que não consigo, já que por você me foi entregue o mais doce e incondicional amor do mundo. Mãe, lhe destino minha fé na vida e no mundo, com a certeza de que os lugares que nos destinaram não coincidirão com os que escolhemos. Meu exemplo de determinação e bravura, perseverança que me abraçou nos mais variados momentos da vida.

À minha irmã, o primeiro amor que me fez entender que zelamos por quem nos é caro. Você é, é sempre será, meu grande incentivo para tentar ser todos os dias uma pessoa melhor.

Às minhas avós, reflexos das lutas que me antecederam, aguerridas em suas conquistas e convicções, sempre me apoiando, amando, acompanhando e me mostrando o significado de amor irrestrito.

Aos meus tios, agradeço também individualmente, certa de que seria inadequado reduzi-los ao simples agradecimento à família, já que possuem influência direta na minha formação e em todo o amor que recebi. Tia Lu, tio Gleidson, Tio Beto e minha Diá, vocês são e sempre serão parte indissociável de minhas lutas e minhas vitórias. Obrigada por tanto

À Sara, por toda a cumplicidade desde a minha adolescência. Por me fazer compreender o amor não adstrito a condicionantes, que acolhe, resgata, perdoa e cuida. Minha incomensurável gratidão por tanto apoio e zelo.

Aos meus amigos, especialmente Nathan, Gabrielle, Dayane e Carolina, a quem conheci já no mestrado. Estou convicta de que as batalhas se tornam mais leves quando temos a feição de pessoas que nos querem bem. Vocês são dádivas inesperadas da vida, que pretendo para sempre comigo levar.

Aos mestres, inclusive os que me inspiraram desde a graduação, Leandro, Renato e Klélia. A docência certamente é um dom, um chamado, uma admirável vocação, que os senhores exercem com maestria. Minha gratidão pelos ensinamentos e a oportunidade da convivência.

Ao meu orientador, Henrique Viana Pereira, sempre presente e solícito, que não só orientou as pesquisas, como me mostrou com ações a docente que pretendo me tornar. Conviver com o senhor é exemplo diário em forma de conduta.

[...] as pessoas creem que o processo penal termina com a condenação, e não é verdade; as pessoas creem que a pena termina com a saída do cárcere; e não é verdade; as pessoas creem que o ergástulo é a única pena perpétua; e não é verdade. A pena, se não propriamente sempre, em nove de cada dez casos não termina nunca. Quem pecou está perdido. Cristo perdoa, mas os homens não.

(Carnelutti, 2013, p. 42).

RESUMO

A presente pesquisa teve como escopo central a investigação da aplicação dos direitos executórios durante o cumprimento da pena, especialmente no que tange à concessão de Saídas Temporárias. Como problema, pretende-se identificar em que medida a alteração promovida pela Lei n° 14.843/2024 e os discursos parlamentares emergenciais que a tangenciaram, influenciam a efetividade do garantismo penal. Outrossim, aventou-se a hipótese inicial de que as narrativas de recrudescimento penal não conduzem para a correta aplicação do sistema progressivo vigente no Brasil e, simultaneamente, fomentam a formação de um inimigo da sociedade e da lei. Quanto aos objetivos específicos, buscou-se esclarecer as noções de garantismo penal, investigar os discursos parlamentares que foram utilizados para a aprovação da Lei nº 14.843/2024, conceituar o que seria uma política penal emergencial em atenção a teoria do Direito Penal do Inimigo, averiguar em que medida os discursos parlamentares amplificam a suposta legitimação de políticas penais emergenciais, identificar o perfil carcerário brasileiro afetado pela alteração legislativa em exame, bem como o seu comportamento majoritário em relação a concessão de saídas temporárias e demonstrar a conexão entre as políticas-criminais emergenciais em confronto com o garantismo penal a partir da concepção agnóstica da pena. Nesse sentido o perfil prisional brasileiro e os índices de concessões e não retornos das Saídas Temporárias dos anos de 2023 e 2024 foram examinados em acordo a dados extraídos de fontes primárias, nesse caso, a Secretaria Nacional de Políticas Penais e o Conselho Nacional de Justiça. No que toca o embasamento bibliográfico, a pesquisa possui como amparo primacial a criminologia crítica, em questionamento à racionalização positivista da lei e, de igual modo, busca encontrar medidas que melhor zelem pelo Direito Humano durante o cumprimento da pena. Nesta esteira, são perpassados origens e momentos de modificações das sanções penais no decorrer dos séculos, inclusive com a modificação das ordens do mundo que, se um dia foi regido pela religião, é hoje regido pelo mercado. Em conclusão, percebe-se que a execução penal deve se adequar ao critério progressivo da pena vigente no Brasil, sendo necessária a proficuidade daquilo que se convém denominar como uma teoria redutora de danos na execução penal, no que se inclui, a propósito, a possibilidade de retorno ao convívio familiar outrora proporcionada pelas saídas temporárias.

Palavras-chave: Execução penal; teoria agnóstica da pena; sistema progressivo; saídas temporárias.

RESUMEN

Esta investigación se centró en analizar la aplicación de las garantías procesales durante el cumplimiento de las condenas, especialmente en lo relativo a la concesión de libertades provisionales. El objetivo fue determinar en qué medida los cambios introducidos por la Ley N.° 14.843/2024 y los debates parlamentarios de urgencia relacionados con ella influyen en la efectividad de las garantías penales. Asimismo, la hipótesis inicial fue que los discursos que promueven una mayor severidad penal no conducen a la correcta aplicación del sistema progresivo vigente en Brasil y, a su vez, fomentan la formación de un enemigo de la sociedad y de la ley. En cuanto a los objetivos específicos, este estudio buscó clarificar las nociones de garantías penales, investigar los discursos parlamentarios utilizados para la aprobación de la Ley N° 14.843/2024, conceptualizar qué sería una política penal de emergencia basada en la teoría del derecho penal del enemigo, determinar en qué medida los discursos parlamentarios amplifican la supuesta legitimación de las políticas penales de emergencia, identificar el perfil penitenciario brasileño afectado por el cambio legislativo examinado, así como su comportamiento mayoritario en relación con la concesión de libertades temporales, y demostrar la conexión entre las políticas penales de emergencia y las garantías penales desde la concepción agnóstica de la pena. En este sentido, se examinó el perfil penitenciario brasileño y las tasas de concesión y no devolución de libertades temporales en los años 2023 y 2024, según datos extraídos de fuentes primarias, en este caso, la Secretaría Nacional de Políticas Penales y el Consejo Nacional de Justicia. En cuanto a su fundamento bibliográfico, esta investigación se apoya principalmente en la criminología crítica, cuestionando la racionalización positivista del derecho y, asimismo, buscando medidas que salvaguarden mejor el derecho humano fundamental durante el cumplimiento de una condena. En este sentido, se examinan los orígenes y los momentos de modificación de las sanciones penales a lo largo de los siglos, incluyendo los cambios en el orden mundial que, otrora regido por la religión, ahora se rige por el mercado. En conclusión, resulta evidente que la salidas temporales debe adaptarse al criterio progresivo de la pena vigente en Brasil, lo que exige la efectividad de lo que puede denominarse una teoría de reducción de daños en la ejecución penal, que incluye, incidentalmente, la posibilidad de reintegración a la vida familiar, previamente facilitada mediante la libertad condicional.

Palabras clave: Salidas Temporales; teoría agnóstica de la pena; sistema progresivo; libertad condicional.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

CNJ - Conselho Nacional de Justiça

CP - Código Penal

CRBF - Constituição da República Federativa do Brasil

DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional

LEP - Lei de Execuções Penais

MJ - Ministério da Justiça

PL - Projeto de Lei

PL - Partido Liberal

PT - Partido dos Trabalhadores

SAP/SP - Secretaria da Administração Penitenciária de São Paulo

SEEU - Sistema Eletrônico de Execução Unificado

SENAPPEN - Secretaria Nacional de Políticas Penais

SISDEPEN - Sistema Nacional de Informações Penais

RELIPEN - Relatórios de Informações penais

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 - Concessões e não retornos 1/2023 92

Gráfico 2 - Saídas temporárias - 2/2023..... 93

Gráfico 3 - Comparação geral 2/2023 93

Gráfico 4- Comparação geral: Nacional e Rio de Janeiro nos 1º e 2º semestres de 2023 95

Gráfico 5 - Saídas Temporárias 1/2024..... 96

Gráfico 6 - Não retornos às Saídas Temporárias - 1/2024 96

Gráfico 7 - Saídas Temporárias 1/2024 - Rio de Janeiro 97

Gráfico 8 - Média nacional e em MG: Saídas Temporárias 2/2024 98

Gráfico 9 – Percentuais de abandonos: Saídas Temporárias 1/2024 98

Gráfico 10 - Registros de Saídas Temporárias - São Paulo, março 2025 99

Gráfico 11 - População Carcerária - 2/2024 100

Gráfico 12 - Indivíduos privados de liberdade 2/2024 101

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 14
2 A LEI PENAL DESDE A INTERPRETAÇÃO DE SEU SENTIDO 18
2.1 A compreensão metodológica penal a partir da criminologia crítica .. 19
2.2 Epistemologia racional positivista..... 23
2.3 Giro de adoração ao capital: culpa ou liberdade?..... 27
***2.3.1 A inversão dos direitos e a rebelião da liberdade* 34**
3 TEORIAS DA PENA, EXECUÇÃO PENAL E GARANTISMO 41
3.1 Breve histórico da pena..... 43
3.2 Sistemas Penitenciários 48
***3.2.1. Sistema Pensilvânico ou Filadélfico*..... 49**
***3.2.2 Sistema Auburniano ou Silent System*..... 49**
***3.2.3 Sistemas Progressivos Inglês e Irlandês ou Mark System*..... 50**
3.3 Teorias da pena 51
***3.3.1 Teorias absolutas da pena* 52**
***3.3.2 Teorias relativas da pena*..... 54**
***3.3.3 Teorias Mistas ou Unitárias da pena* 57**
***3.3.4 Teoria Negativa ou Agnóstica da Pena* 58**
3.4 A execução penal sob a égide garantidora de direitos: uma retomada a partir da concepção negativa da pena 60
4 SAÍDAS TEMPORÁRIAS: NARRATIVAS EMERGENCIAIS E A LIMITAÇÃO DE BENEFÍCIOS 73
4.1 Discursos parlamentares emergenciais na construção da Lei nº 14.843/2024 77
4.2 O inimigo do Direito Penal e a emergência normativa..... 86
4.3 Perfil carcerário brasileiro e estatísticas das saídas temporárias..... 90
5 EM CONTRASSENSO À HEGEMONIA MARGINAL: POR UMA PROPOSTA REDUTORA DE DANOS NA EXECUÇÃO PENAL BRASILEIRA..... 104
5.1 A pena a partir da teleologia redutora de danos 107
5.2 A redução de danos na execução penal brasileira e a Lei nº 14.843/2024 110
5.3 Razoabilidade penal: Saídas Temporárias e Sistema Progressivo ... 115
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS..... 119

REFERÊNCIAS..... 123

1 INTRODUÇÃO

O direito penal, por paradigma estrutural, é ramo cuja atuação se dá de forma fragmentada e mínima. É dizer, de outro modo, que a legitimidade de sua aplicação está necessariamente ligada a necessidade demonstrada de coerção, sendo certo que o seu elastecimento em demasia, quando desprovido da devida adequação social, macula sua função precípua: a limitação do poder de punir.

Sob esse viés, os movimentos de recrudescimento penal, não raras vezes disseminados pela mídia e levados a cabo pelo parlamento brasileiro, criam discursos capazes de relativizar a garantia individual à liberdade, de maneira tal que, mesmo sem produzir efeitos concretos no que diz respeito à diminuição da criminalidade, essa política criminal é formalmente positivada em prol da ratificação de convicções ideológicas.

Nesse contexto, aliás, é que a Lei nº 14.843/2024, advinda do projeto de Lei nº 2253/2022 (originalmente proposto no ano de 2011, sob nº 583), entre outras coisas, extinguiu o benefício da saída temporária, mantendo-o somente para obtenção de grau educacional, o que, ainda assim, comporta exceções, sendo vedada sua concessão a condenados por crime hediondo ou com violência ou grave ameaça contra a pessoa.

Saliente-se, oportunamente, que o projeto, quando de sua propositura original, destacou em sua justificativa algumas afirmações de cunho predominantemente genérico, tendo, por duas vezes, feito o uso de representações numéricas de descumprimento do benefício ora revogado, os quais, todavia, se referem somente ao estado de São Paulo e, ainda assim, perfazem, quando muito, aproximadamente 8% dos indivíduos agraciados pela medida de ressocialização.

Vê-se, portanto, que a pretensa alteração legal, mesmo antes de suas alterações e a eficácia agora produzida, contava com números sensivelmente reduzidos de descumprimento por parte dos beneficiados, sendo certo que, objetivamente, há muito mais indivíduos que se comprometeram com os termos estabelecidos, do que transgressores.

O referido exame traz à baila uma importante discussão quanto ao papel da teoria garantista na execução penal, o que, todavia, não pode ser feito em

desconexão com a realidade social enfrentada pelo sistema carcerário brasileiro, sob pena de que, sob a ânsia de punir, seja a pena justificativa suficiente para o exercício de todo poder punitivo.

Nesse sentido, a partir da construção metodológica, busca-se analisar se o garantismo penal, ao menos quando preocupado com a devida simetria social, é meio para o enfrentamento inicial da crise de legitimidade do direito penal, sobretudo porque a legalidade não pode ser vista como mera obediência ao procedimento formal. Se o contrário se presume como verdadeiro, há que se aceitar o risco de que o poder legislativo seja meio para o aumento do arbítrio seletivo penal.

Assim, no 2º capítulo, a pena será minuciada a partir da interpretação de seu sentido. O 2.1 trata da compreensão metodológica utilizada na seara penal a partir da percepção da criminologia crítica, questionando os limites entre a legalidade formal e a efetiva legitimidade da lei, sobretudo porque a pena deve ter em seu âmago primário a maior das características do sujeito que a suporta: a humanidade.

Em continuidade, no tópico 2.2 será abordada a denominada racionalidade positivista, notadamente ante a necessidade anteriormente aventada de se pensar a ciência penal a quem de uma pura e simples forma, de modo que a lei deve encontrar seu real sentido junto ao cumprimento das garantias dos mais frágeis.

O tópico 2.3, a seu turno, se encarrega da realização da digressão histórica que culminou na alteração dos sujeitos que detém o efetivo domínio do poder, enfatizando aquilo que se pode chamar como o giro de adoração ao capital. Nesse sentido, o capitalismo como deus opera a modificação do significante da liberdade, funcionando na dicotomia entre dívida e perdão, cuja secularização da lei divina pôde ser promovida especialmente pela ideia racional positivista, em um ciclo que visava a proteção da propriedade.

Por isso é que o tópico 2.4 aborda aquilo que Hinkelammert descreveu como a inversão dos direitos. Ao cabo, se as instituições se destinam à proteção da propriedade e não dos direitos humanos, passam estas a subtrair dos próprios seres a categoria humana que lhes é inerente, ora justificada por intervenções humanitárias que, ao contrário, se prestam à desumanização.

Perpassadas as modificações de ordem mercadológica da compreensão penal, o capítulo 3 se destina ao esclarecimento da teoria garantista e a sua aplicação na execução penal. Nesse sentido, o tópico 3.1 realiza uma breve síntese do histórico da pena, substancialmente modificada a partir da ideia de legalidade originalmente cunhada, ainda que não com tal conceituação, por Cesare Beccaria, inaugurando o conceito burguês de liberdade que, mais tarde, tornou-se base angular às teorias penais.

O tópico 3.2, por conseguinte, descreve a evolução dos sistemas penitenciários, desde o gérmen, na seguinte ordem: Sistema Pensilvânico, Sistema Auburniano, Sistema Inglês e, sua projeção mais moderna, por meio do Sistema Irlandês.

Ainda, o tópico 3.3 se incumbe de delimitar as Teorias da Pena disseminadas desde a interpretação desta enquanto ciência, perpassando as teorias absolutas, as relativas, mistas e, por fim, a mais recente teoria agnóstica ou negativa da pena. Em consonância, o tópico que segue (3.4) se desmembra na lei como garantidora de direitos aplicada à execução penal, explanando a concepção clássica de garantismo, questionada, por sua vez, por meio da concepção negativa da pena, buscando encontrar razões preliminares para a aplicação da pena que excedam a dogmática penal para a legitimidade de sua aplicação.

O capítulo 4, unindo a interpretação da lei e a sua noção garantidora, busca deslindar os meandros que culminaram na vigência da Lei nº 14.843/2024, esclarecendo o caso paradigma e as possibilidades outrora legais às saídas temporárias. Por isso, o tópico 4.1 explora os discursos parlamentares utilizados na votação do Projeto de Lei responsável pela vigência da referida lei, avaliando as noções de emergência e populismo penal.

O tópico 4.2, após a análise dos mencionados conceitos, esclarece a conexão entre o indivíduo tido como inimigo do direito penal e a emergência normativa, esclarecendo a teoria inicialmente aduzida pela criminologia clássica e hoje questionada pela criminologia crítica.

Unindo a temática central – as Saídas Temporárias – e as noções de Direito Penal do Inimigo e Direito Penal de Emergência, o tópico 4.3 realiza a conexão entre a fonte documental primária que examinou os discursos parlamentares e os dados que estabelecem as estatísticas de cumprimentos e

não retornos das Saídas Temporárias, intencionando confrontar os discursos parlamentares tendo em vista os percentuais disponibilizados em estudos da Secretária Nacional de Políticas Penais e do Conselho Nacional de Justiça, inclusive para verificar qual seria, predominantemente, o perfil carcerário brasileiro.

Enfim, o capítulo 5 visa descrever o que seria o chamado realismo marginal e as multifunções da criminalidade que corroboram a hegemonia do poder de uns em detrimento de outros. Assim, o tópico 5.1 traça conceituações da chamada teleologia redutora de danos da pena, afastando as suas justificantes em prol de sua forma de aplicação como razão primária de sua existência.

O tópico 5.2 demonstra meios à efetivação de tal teoria na seara da execução penal, seguido do tópico 5.3, que destaca o exame da extinção das Saídas Temporárias em face do sistema progressivo penal.

O último capítulo se dedicou às considerações finais do estudo que, adiante-se, não tem intenção de padronizar a aplicação da redução de danos na execução penal. Ainda assim, o escopo preliminar busca alinhar a teoria redutora de danos à necessidade de que o sistema progressivo penal não se contamine por noções emergenciais da norma, sob pena de que se promova a justificação da pena não descrita na Constituição Federal, a despeito de seu caráter essencialmente limitante do poder de punir.

Dessarte, as saídas temporárias representam retorno ao convívio social capaz de mitigar as lesões da reprimenda suportada, sendo sua extinção desalinhada da sistemática penal, sabidamente progressiva, de sorte que o esforço emergencial justificante não tem o condão de legitimar tal medida.

2 A LEI PENAL DESDE A INTERPRETAÇÃO DE SEU SENTIDO

Entendida como a matriz da ciência penal, a ideia de uma aplicação de pena justa assentada na dita “racionalidade”, enraizada nesta seara deste a ascensão do positivismo, se presta, em tese, a robustecer as razões que legitimam a pena enquanto consequência do crime.

Malgrado as penas perpetradas entre os séculos XVII e XIX, fundadas nos pilares angulares do Estado Liberal ascendido com a disseminação do movimento iluminista e prioritariamente firmado no princípio da legalidade – não raras vezes meramente formal – com o pleito por um Estado Social, já no início do século XX, a racionalidade da lei – ou a sua pretensão – ganhou um novo significante (Moraes, 2014, p. 270).

É dizer, sinteticamente, que a dita “racionalidade” da lei, ou seja, o processo que agasalha a sua legitimidade, está diretamente atrelada à sua eficácia material que, no caso do Direito Penal, não se confunde com a mera aplicação de pena. De outro modo e em consonância, “[...] a racionalidade do direito não é mais presumida: a partir de agora, a norma passa pelo crivo da eficiência, que se torna condição e a garantia de sua legitimidade" (Chevallier, 2009, p. 82).

Apesar disso, como esclareceu Foucault, “a técnica penitenciária e o homem delinquente são de algum modo irmãos gêmeos”, de modo que, com surgimento concomitantemente, não se prestaram à evolução recíproca de seus parâmetros – humanistas? – mas, muito antes, convergiam “[...] no prolongamento uma da outra como um conjunto tecnológico que forma e recorta o objeto a que aplica seus instrumentos” (1987, p. 283).

Tornou-se, portanto, mero círculo propositalmente vicioso de legitimação de disciplinas cuja fundamentação pode ser questionada, usando, no geral, um método científico para respaldar, a despeito da eficácia social da norma. Noutro giro, se aplicada a sistemática limitadora de interpretação da lei, notadamente explicitada na Convenção Americana de Direitos Humanos e, ainda, os direitos consagrados pela carta magna brasileira, a aplicação da pena deveria se curvar à possibilidade de reduzir seus danos.

Não é o outro o entendimento de Rodrigo Duque Estrada Roig, cuja tese de doutoramento se debruçou ao estudo do dever jurídico-constitucional de minimizar a afetação individual na aplicação da pena:

> Aportando esta regra hermenêutica para o âmbito da aplicação da pena privativa de liberdade, matéria indissociavelmente atrelada à própria humanidade penal, há que se concluir que todas as normas relativas à injunção penal devem também receber interpretação "*pro homine*", aplicando-se a alternativa que mais estenda a fruição e o exercício de um direito, liberdade ou garantia. Essa a orientação há muito consolidada em matéria de direitos humanos e seguida pela Constituição de 1988, ao consagrar o dever jurídico-constitucional de minimização da intensidade de afetação individual (Roig, 2011, p. 76).

Alinhe-se, de antemão, aquilo que, por ora, se intenciona: esquadrinhar, respectivamente, a perspectiva criminológica do sentido da lei penal e a suposta racionalidade instrumental positivista.

A referida pretensão, todavia, sobretudo para uma melhor compreensão teleológica, carece de certa digressão cronológica. Veja-se que, assumida a afirmação de que as prisões modernas possuem um gérmen vinculado à ascensão do sistema capitalista, em que medida a economia contamina a noção de criminalidade? Outrossim, como, hodiernamente, se comportam esses fatores?

Nessa seara, grosso modo, busca-se a construção uma perspectiva – *práxis* – humanista capaz de fundamentar, *a posteriori* – e em capítulo subsequente – as narrativas garantistas dogmáticas sob o crivo criminológico, notadamente para que seja possível alinhá-las à realidade da América do Sul e, em especial, do Brasil.

2.1 A compreensão metodológica penal a partir da criminologia crítica

Retomando aos eixos iniciais, o Direito Penal é, por essência, a manifestação de um poder em detrimento do corpo de outrem, ou, como ainda esclareceu Foucault, diz respeito a uma “[...] produção diferenciada de sofrimentos, um ritual organizado para a marcação das vítimas e a manifestação do poder que pune: não é absolutamente a exasperação de uma justiça que, esquecendo seus princípios, perdesse todo o controle” (1987, p. 37).

Em consonância, pode-se dizer que o Direito Penal, hoje reconhecido como ciência, preocupava-se, principalmente, com a sua forma de aplicação, ou seja, com a pena a ser suportada pelo corpo material:

> Com efeito, as origens etimológicas dessa instituição podem vir quer do grego dor (*πονοç*), quer do latim sofrimento (*poena*), traduzindo-a na resultante do exercício do domínio físico sobre o outro, isto é, como expressão do (*biopoder* caracterizador do exercício da violência institucionalizada pelo saber penal. Como se vê, não é por obra do acaso que nosso ramo do saber se denomina Direito Penal, vez que até o multicitado século XIX, o centro de gravidade do discurso penal era a pena (Brandão, 2002, p. 7).

Vê-se, portanto, que, com a ascensão das teorias dos delitos, o Direito Penal passou a se debruçar não só na consequência do crime – a pena, mas também com o raciocínio que levaria a aplicação desta, em um processo de hipotética racionalização.

Dogmaticamente, sem pretensão de pormenorizar as correntes das evoluções penais mais conhecidas – o idealismo alemão, o positivismo, o neokantismo, o finalismo e o funcionalismo – ora define-se o Direito Penal sob a perspectiva de Welzel, que o entendia como a "[...] parte do ordenamento jurídico que determina as características da ação delituosa e impõe penas ou medidas de segurança" (1997, p. 8). [1]

Sob esse viés, possui, como valor científico fundamental, a explanação sistemática do conteúdo de suas "[...] regras jurídicas e sua conexão interna" estabelecendo, assim, "[...] a base para uma administração de justiça igualitária e justa" (Welzel, 1997, p. 9).

A criminologia crítica, contudo, diverge, ao menos quanto às suas bases fundamentais.

---

[1] É possível aferir uma mais aprofundada compreensão das evoluções penais, sobretudo do Neokantismo Penal, do finalismo e do funcionalismo nos ensinamentos de Cezar Roberto Bitencourt: A evolução epistemológica do direito penal: refinamento da elaboração jurídico-dogmática. Por oportuno, colacione-se a relevância do neokantismo penal e de suas rupturas nas posteriores mudanças metodológicas da ciência penal: Essa delimitação transportada para a ciência jurídica leva à categórica separação entre ser e dever ser do Direito. Contudo, ao contrário dos positivistas — que atribuíam prioridade ao ser do Direito —, os neokantistas propõem um conceito de ciência jurídica que supervalorize o dever ser. Assim, com a introdução de considerações axiológicas e materiais, o neokantismo substitui o método indutivo e formalista do positivismo, passando a ter, como objetivo, a compreensão do conteúdo dos fenômenos e categorias jurídicas, muito além de sua simples definição formal ou explicação causal. O neokantismo leva em consideração, para atingir esse desiderato, a dimensão valorativa do jurídico; não faz, contudo, dessa dimensão valorativa um objeto de estudo em si mesmo (Bitencourt, 2025, p. 93).

A princípio, frise-se que Welzel foi um importante expoente da corrente finalista e, por consequência, elaborou seus pensamentos em um contexto que, por meio do positivismo, já havia instituído a prisão como a mais relevante das penas no mundo ocidental (Batista, 2011, p. 40).

Nesse ensejo, a propósito, Vera Malaguti Batista, rememorando os esclarecimentos encartados por Anitua, delineou o positivismo, cronologicamente galgado no século XIX e, portanto, após a inserção do Sistema Capitalista, como sendo “uma ideologia surgida do medo das revoluções populares, dirigidas à desqualificação da ideia de igualdade” (2011, p. 41).

Eis, nessa senda, um pertinente ponto de observação: o controle punitivo, supostamente capaz de reabilitar, passou a dimensionar os indivíduos em normais e anormais, encontrando na ciência as explicações que legitimaram a marginalização e o racismo a nível teórico, relacionando, sistematicamente, o crime a um fator biologicamente pré-determinado (Batista, 2011, p. 43).

Nesta toada se assentou a raiz da criminologia ortodoxa, entendendo o crime como patologia, alinhando o poder médico a ordem de definição daquele que seria o agente criminoso. De outro modo, significa dizer que a análise da delinquência se tornou subsidiária ao exame do próprio delinquente:

> É aí que se funda a criminologia como disciplina, como “ciência". Esse saber se fundamentou na observação e medição dos encarcerados pelo grande internamento. O século dos manicômios era também o século das prisões e dos asilos. A criminologia transforma-se num discurso autonomizado do jurídico, despolitizado e agora gerado pelo saber/poder médico. Como na inquisição, o “criminoso” será objetificado, agora, com o deslocamento do religioso para o científico, no combate ao mal que ameaça. A criminologia seguirá seu percurso acumulando e atualizando métodos (Batista, 2011, p. 44).

Siga-se a um passo à frente na construção histórica cronológica.

Como esclarece Salo de Carvalho, já na segunda metade do século XX, mais especificamente a partir da década de 70, baseada na urgente necessidade da promoção da liberdade e no firmamento da democracia, a criminologia crítica ascende como método capaz de criticar as bases positivistas penais e, sobretudo, sua reiterada pretensão em se equiparar “racionalmente” a absoluta verdade (2021, p. 8).

A bem da verdade, a criminologia crítica nasce como um apelo ao método utilitarista puramente classificatório de se pensar a cientificidade penal. Pretende-se, grosso modo, aventando ainda a possível dialeticidade

metodológica, o reposicionamento do valor do método quando despreocupado com seu próprio objeto.[2]

Finalmente, a criminologia crítica encontra em seu âmago o intento de unir o caráter empírico da ciência ao seu sentido social, dando conformidade material entre o método, o objeto e a política, apartando, por conseguinte, o diatópico fundamentalismo metodológico:

> Não por outra razão, o fazer crítico inicia-se com a superação dialética de falsas oposições como teoria/método, reflexão/atuação, dever-ser/ser, normatividade/empiria, dentre outras. A criminologia crítica, através de um método de abordagem que articula conceitos e categorias, interpreta a questão criminal na concretude das relações sociais (Carvalho, 2021, p. 11).

Em linhas gerais, rechaçando a diferenciação neokantista entre o ser e o seu valor, ou seja, o afastamento entre a existência – dimensão ôntica – e a sua valoração – dimensão axiológica – a criminologia crítica se aproximou daquilo que, outrora, parecia veementemente incomunicável: o campo dogmático, até então zelado pela hipotética racionalidade que o legitima.

Noutros termos, "[...] o próprio direito penal passou a ser objeto da crítica já que "[...] a criminologia não desfila nem concorre com o Direito penal dogmático; ela senta-se à mesa de jurados, mas com nova roupagem, para julgar o Direito penal e a sua própria roupagem anterior" (Carvalho, 2021, p. 20).

Na realidade, a criminologia crítica se mostrou diligente à inércia dogmática metodológica, tratando de delimitar a imprescindibilidade de se colocar em xeque a difundida e anuída racionalidade penal, o que se fez, inclusive, como desenvolvimento – analítico – da teoria psicanalítica freudiana, que, embora hegemônica, propôs "[...] uma interpretação no lugar da etiologia: produziu, então, deslocamentos de método e de objeto" (Batista, 2011, p. 56). [3]

---

[2] A priori, compreenda-se a dita dialeticidade como a essência do próprio significante: a possibilidade de discutir o objeto, tendo em vista pontos de vistas distintos, até que se chega a uma síntese. Mais que a dialética de Hegel, contudo, a dialética ora almejada seria meio para incluir no raciocínio criminológico os fatores que circundam a formação do direito penal, tais como a luta de classes quando do estopim capitalista, o colonialismo, a escravidão e a suspeição de direitos dos mais vulneráveis. (Bergalli, 1986, p. 78).

[3] Neste ponto, é pertinente elucidar, todavia, que *Freud* manutenia em sua teoria uma ideia hierárquica social, que dividia a sociedade e nomeava povos "primitivos", possuindo, pois, sensíveis endossamentos ao racismo colonizador e ao determinismo e, como esclarece Vera Malaguti, tem "[...] uma memória filogenética do delito natural" (2011, p. 57).

Concretizou, desta forma, uma importante reflexão acerca da própria legitimidade do poder. Assim, não é suficiente a legalidade formal, capaz de codificar uma conduta, sobretudo porque a sua existência social está deliberada e compulsoriamente inserida no contexto de classes determinadas.

Como também preleciona Nilo Batista:

> Ao contrário da Criminologia Tradicional, a Criminologia Crítica não aceita, qual *a priori* inquestionável, o código penal, mas investiga como, por que e para quem (em ambas as direções: contra quem e em favor de quem) se elaborou este código e não outro. A Criminologia crítica, portanto, não se autodelimita pelas definições legais de crime (comportamentos delituosos), interessando-se igualmente por comportamentos que implicam forte desaprovação social (desviantes) (2007, p. 32).

Veja-se, contudo, que, se a criminologia crítica concebe a Lei Penal em atenção a sua aplicabilidade material, é preciso investigar, de outro lado, a racionalidade a que se presta o positivismo, sobretudo porque a busca por uma percepção penal que não se olvide ao caráter humano do indivíduo é ora tida como forma para alcançar a maior efetividade da lei.

2.2 Epistemologia racional positivista

A definição de racionalidade jurídica, principalmente advinda a partir do movimento positivista, a bem da verdade, buscava uma maneira de instrumentalizar o Direito como ciência, de tal maneira que fosse possível legitimá-lo tanto quanto as ciências biológicas.

É o que parece ter ambicionado, por exemplo, Kelsen, que ao criar sua teoria pura afastou a ciência jurídica, inclusive dos saberes sociais, bifurcação que hoje sabe-se ser invariavelmente fadada ao formalismo utópico.

No campo penal, as teorias do crime elaboradas desde o século XIX se dariam, em tese, à instrumentalização empírica do exercício da punição, o que, contudo, não tem ligação com a sua eficácia, já que a lei resiste propriamente em razão de seu descumprimento.

É o que também esclareceu Hinkelammert:

> O processo social do direito pressupõe, para sua existência, que o direito não seja perfeitamente acatado. Um perfeito cumprimento do direito implica a inexistência do processo social e empírico do direito. O direito empírico existe precisamente porque seu cumprimento é precário. Também, neste caso, o conceito de cumprimento perfeito do

> direito diz o que não se pode, e, a partir daí, descrever o marco de possibilidades do desenvolvimento do direito que se tem empiricamente (2012, p. 158).

No mesmo sentido, é porque há comportamentos ditos desviantes que a Ciência Penal tem caráter empírico, o que, de igual modo, não significa concluir que seja necessariamente racional – sob a ótica da efetividade – tampouco humana, o que também tratou de delimitar Foucault:

> O funcionamento jurídico-antropológico que toda a história da penalidade moderna revela não se origina na superposição à justiça criminal das ciências humanas, e nas exigências próprias a essa nova racionalidade ou ao humanismo que ela traria consigo; ele tem seu ponto de formação nessa técnica disciplinar que fez funcionar esses novos mecanismos de sanção normalizadora (1987, p. 167).

De mais a mais, a própria aceitação de que a lei é, por essência, legítima, corporifica-se como verdadeiro critério totalitário, inadmitindo qualquer critério de ordem moral capaz de "[...] relativizá-la em nome de seus resultados" (Hinkelammert, 2013, p. 276).

Deste modo, a estruturação "racional" da Lei Penal sob o crivo formal do positivismo é diametralmente oposta a materialização dos direitos humanos, inclusive porque, como elucidou Hinkelammert: "se o critério da eficiência formal domina sobre todos os valores, a relação com estes se torna puramente niilista. Valores que valem no caso de coincidirem com as exigências da eficiência e que deixam de ter valor quando não coincidem" (2013, p. 275).

Tenha-se em conta, portanto, a interpretação da Lei Penal, não sob o crivo cego de sua formalidade, mas amparada em seu objeto, necessariamente, humano. Quanto a isso, Amilton Bueno de Carvalho encampou pertinente pensamento, quando, dedicado a escrever sobre o sentido da Lei Penal, ratificou a dimensão de manutenção do status quo própria ao Direito:

> E o direito? Ora, explode ser absurdamente conservador – quando não reacionário como se percebe na realidade brasileira – sua função é manter a dominação, a excludência: que tudo, no mínimo, permaneça exatamente como está [...] (2022, p. 13).

Aclare-se, por conveniência, que o referido não conduz a prescindibilidade das leis, mas esclarece que é preciso adequá-las à esfera de compreensão, deslocando, como explicou Amilton "[...] o eu como fonte do comportamento humano" e, por consequência, colocando "[...] o outro enquanto sujeito de suas necessidades" (2022, p. 18).

Ou seja, a lei não deve se prestar a ratificação da convicção do ser em relação a si mesmo, mas antes carece de se debruça a limitação do poder do Estado. A consequência última da não observação desta base angular é a confirmação da inexistência da própria lei dada a sua “[...] contradição com a sua função ético legal” (Carvalho, 2022, p. 20).

A lei é, então, um limite, que somente encontra sentido quando corrobora a segurança de garantias – do mais frágil – sendo vazia caso se restrinja a superfície do princípio da legalidade.

Outrossim, ainda quando legítima sob a ótica do cumprimento das garantias quando da condenação, a Lei Penal é também irracional caso o cumprimento da pena seja mais severo do que sua própria causa: o crime (Carvalho, 2022, p. 25).

Ademais, ao mesmo tempo em que a lei tem poder para limitar, tem poder para dominar, promovendo a relativização das garantias humanas em seu próprio exercício. É, pois, “[...] o descumprimento da legalidade na instituição prisional no que diz com as garantias positivadas em benefício do apenado” (Carvalho, 2022, p. 28).

As premissas até agora percorridas transcrevem as percepções de Amilton Bueno de Carvalho quanto ao sentido da Lei Penal, sendo ela, simultaneamente: i) instrumento de dominação; ii) limite do exercício punitivo; e iii) verdadeiro “muro”, capaz de provocar a manutenção do próprio *status quo* (2022, p. 30).

Decerto, se de um lado a Lei Penal age como absolutamente dinâmica quanto às imputações, sendo possível o aumento legislativo de penas e a restrição de benefícios, por outro se mostra estática no que tange ao sujeito que a suporta.

Por isso é que concluiu Amilton que “a lei é um ponto final. É acabamento. Nada mais cria. Numa palavra: conserva o passado no presente. É o muro que procura impedir o devir” (Carvalho, 2022, p. 32).

Sendo por essência objeto de legitimação da dor, cabe ao Direito Penal, como forma intermediária de amenizar seus próprios danos, a aplicação zelosa em acordo a individualidade do caso concreto. É dizer: o Direito Penal, caso pretenda ser legítimo, não pode se curvar a seletividades, tampouco se valer de premissas dedutivas.

Trata-se de reconhecer o claro sentido político do poder punitivo:

> [...] o Direito Penal tem uma inegável face política, porque ele concretiza o uso estatal da violência. É o multi referido Direito Penal o mais sensível termômetro para aferir a feição liberal ou totalitária de um Estado, a saber: caso a violência da pena seja utilizada pelo Estado sem limites, sem respeito à dignidade da pessoa humana, estaremos diante de um Estado totalitário, [...] (Brandão, 2006, p. 201).

É em atenção a esse sentido, portanto, que, se a lei institui formalmente o crime e a sua consequência – limite negativo – sua limitação positiva, em atenção a mais correta aplicação da legalidade, deve estar alinhada a máxima *pro libertate* (Brandão, 2006, p. 210).

O que Claúdio Brandão elucida é, pois, similar à aplicação elencada por Amilton Bueno de Carvalho: a interpretação tópica da Lei Penal, que parte do problema ao encontro da solução, mantendo-se, por conseguinte, de encontro a "equações matemáticas" da lei, onde se o crime A é, então a pena B deve ser.

Trata-se, enfim, de um método "[...] teleologicamente conforme a legalidade, não havendo nenhuma incompatibilidade entre elas" (Brandão, 2006, p. 210).

Não é outra, a propósito, a afirmação de Amilton, quando disse que, na tópica, criar torna-se a palavra de ordem, perfazendo "[...] o abandono do olhar burocrático meramente repetitivo" (Carvalho, 2022, p. 45).

Veja-se, portanto, que muito a quem – ou além – de buscar a fórmula absoluta dita pelo positivismo "racional", deve o Direito Penal se guiar pelo anseio da solução concreta: alternativamente à punição, a adequação de sua legitimidade-necessidade.

É, em consonância, apelar a uma realidade distinta, na qual, aliás, acredita o denominado direito alternativo, cuja fé se conecta a "[...] um direito que na democracia tem sua legitimação externa, com o deslocar do olhar que o tem como fonte única legitimadora o Estado – seja ele qual for" (Carvalho, 2022, p. 59).

Assim, enquanto o direito positivo, atrelado a legalidade formal, produz um discurso falsamente neutro, o direito alternativo convoca o sentido material, nesse caso, radicalmente em luta a favor dos direitos humanos (Carvalho, 2022, p. 61).

Nesse sentido, vê-se como urgente o afastamento da Ciência Penal em relação a vingança – se é que é possível desvincular o método de sua própria origem. Noutra perspectiva, a ideia de seu uso para combater um inimigo é intrinsecamente conectada a criação dele mesmo, tornando-o, pois, responsável direto do encarceramento em massa (Carvalho, 2022, p. 86).

O referido caráter de responsabilidade, advirta-se, é demonstrado, inclusive, pelas distintas taxas de encarceramento ao redor do mundo. Sobre isso, Zaffaroni e Ílison já foram explícitos: o número de presos não responde a frequência delitiva, mas sim a política adotada em relação a delinquência de média e pequena gravidades, ou seja, o índice de encarceramento é sempre uma decisão política de cada Estado" (2022, p. 120).

A exemplo disso, no Brasil, a extinção das Saídas Temporárias ocorrida no ano de 2024 – cujos índices, tramitação e discursos legislativos serão oportunamente debatidos – se absteve de observar a demonstrada baixa evasão, que, segundo relatórios da própria Secretaria Nacional de Políticas Penais, não ultrapassa 7% dos apenados que receberam o extinto benefício (Sisdepen, 2024).

Inobstante à realidade hodierna, é temerária e descomprometida com a realidade a investigação científica que não se atenha, também, às bases que se prestaram a formação do hoje.

Por certo, assim como a pena, as políticas penais são reflexos diretos de ações anteriores. Não se discute, com essa afirmativa o sentido ético de sua aplicação, mas, lado outro, vê-se como forçosa a acareação da construção de seus pilares.

Pois bem. Como mencionado, o positivismo teve influência direta na formação da Ciência Penal, cabendo, por bem, o exame daquilo que influenciou a própria corrente positivista que, antecipe-se, se conecta diretamente com a instituição do mercado e a consolidação irrestrita – e não autorregulada – do seu poder.

2.3 Giro de adoração ao capital: culpa ou liberdade?

Inicialmente, convém destacar que toda convicção transcendente capaz de incorporar a imanência é, por consequência, geradora de sentido. Neste

ínterim, a religião representa uma forma de integrar sentido à vida, ou, como – quase poeticamente – afirmou Marx: “[...] a religião é o suspiro da criatura oprimida, o coração de um mundo sem coração, assim como é o espírito de uma situação sem espiritualidade. É o ópio do povo" (1960, p. 37 – tradução livre).[4]

Por isso é que a crítica a religião possuiria consequências gravíssimas ao ser humano, que perderia, grosso modo, aquilo que entende como ideal e racional. Não por acaso, esclareceu Marx, ainda, o antropológico papel da religião, sendo, pois, em suas palavras “[...] o sol ilusório que gravita tanto em torno do homem que o homem não gravita em torno de si mesmo” (1960, p. 37 – tradução livre).[5]

Sem pretensão de galgar a concordância ou discordância com tal formulação conceitual, nota-se que a religião é capaz de determinar as noções éticas de bom e de mau, submetendo o indivíduo, que, enfim, resulta em " [...] um ser humilhado, subjugado, abandonado e desprezível". A essa ideia, sim, Marx emplacou veemente sua discordância (Hinkelammert, 2012, p. 145).

A bem da verdade, Marx, quando do amadurecimento de seus escritos, ampliando sua crítica à religião, ramifica seus juízos naquilo que denominou como deuses terrestres e deuses celestes, sendo que estes, incorporados por aqueles, passaram a viger por meio da economia, sustentada, por sua vez, sob os pilares do mercado, do dinheiro e do capital (Hinkelammert, 2012, p. 147-148; 158).

Bem como a presença dos deuses celestiais, a presença e o poderio dos deuses terrestres existem na dimensão metafísica. Logo, o mercado não se representa pelos produtos que vende, tampouco pelo Estado ou por meio daqueles que, em favor deste, empenham suas respectivas mãos de obra, mas, muito antes, são incorporados no plano físico por indivíduos, formadores das instituições.

Denominando-os como “fantasmas institucionais”, Hinkelammert tratou de elucidar a impossibilidade de serem experienciados pelos sentidos humanos,

---

[4] Em redação original: *La religion est le soupir de la créature opprimée, l’âme d’un monde sans cœur, comme elle est l’esprit de conditions sociales d’où l’esprit est exclu. Elle est l’opium du peuple*

[5] Em redação original: *La religion n’est que le soleil illusoire qui gravite autour de l’homme tant que l’homme ne gravite pas autour de lui-même*.

“[...] tendo de ser assumidos como parte do mundo experimental, se desejamos que as ciências sociais tenham sentido” (2012, p. 159).

Eis, pois, o que nomeou o teólogo em exame como sendo a secularização da idade moderna, responsável por incluir falsos deuses terrestres ao mesmo tempo em que desempenha, em detrimento do ser humano, o desprezo sobre si, para que, finalmente, uma vez que este tenha deixado de ser seu próprio eixo sagrado, seja viabilizada a postura de subserviência ao deus terrestre, aumentando a dependência e suprimindo o livre arbítrio:

> Trata-se de retirar o valor desses valores sagrados em nome dos quais o ser humano é desprezado, assim como de tornar o mercado, o Estado e muito mais instituições disponíveis a uma ação que faça efetivamente do ser humano o ser supremo para o ser humano. A questão diz respeito à liberdade humana diante dos deuses terrestres que encarceram o ser humano e que usurpam a liberdade, tendo-a transformado numa prisão (Hinkelammert, 2012, p. 168).

Em consequência disto, o Deus divino é vencido pelo mercado, tido como capaz de realizar os sonhos e promover a liberdade:

> Assim, não há mais necessidade metodológica de Deus para a realização dos sonhos transcendentais. O Deus transcendente da Idade Média que realizaria no céu, após a morte, a transformação radical das situações de sofrimentos humanos é substituída por um ente supra-humano, o mercado, que realizaria no futuro histórico o sonho de um “mundo novo e totalmente livre” (Sungo-Mo, 1993, p. 332).

Instaurou-se, por conseguinte, o culto ao capital, circunstância consolidada sobre o pilar angular que ancorou fundamentos teológicos cristãos: a culpa e a dívida, somente restaurada pelo perdão.

Aclare-se, *a priori*, que na sociedade neoliberal, diferentemente da liberal originalmente constituída com a ascensão do capitalismo entre os séculos XVIII e XIX, o mercado, como instituição central, é visto em estado precário. De outra forma, significa postular que, enquanto a sociedade liberal se preocupava em afirmar a higidez da burguesia, vista como modelo mais coerente, o neoliberalismo ocorre sob a suposta ameaça de queda, que, enfim, geraria o caos (Hinkelammert, 2013, p. 151).

Assim, se, de um lado, a queda do mercado geraria o caos, seu equilíbrio seria proporcionado pela denominada “concorrência perfeita”, firmada sob o equilíbrio encontrado na liberdade de contratação que, por sua vez, requer o

conhecimento bilateral e completo por parte dos envolvidos – ou seja, tanto quem compra, como quem fornece (Hinkelammert, 2013, p. 151-154).

O fator capaz de gerar vigor a essa liberdade seria a continuidade das contratações, de sorte que somente se é possível afirmar o equilíbrio do mercado, com o próprio mercado, concluindo em uma falaciosa afirmação em si mesma:

> E a afirmação irrestrita das leis do mercado, racionalizada em nome de uma tendência ao equilíbrio absolutamente inexistente. Afirma-se agora que esta tendência ao equilíbrio incrementar-se-á quanto mais se assegure a liberdade de contrato em todos os mercados e em todas as atividades. Concebe-se, então, uma aproximação linear àquilo que o modelo de equilíbrio descreve, por meio da ampliação sempre maior, do âmbito de mercado. Corno resultado, temos a ideologia neoliberal e anti-intervencionista. Trata-se de uma corrida de Sísifo, na qual se persegue, por passos finitos, um fim que está infinitamente longe. (Hinkelammert, 2013, p. 155)

Em uma perigosa linha lógica, o capital é capaz de conduzir ao sentimento de liberdade e, ao mesmo tempo, de culpa, de modo que, assim como acontece com a figura de um Deus, sob o pretexto de sua proteção, segue-se suas regras, barganhando a culpa pela adoração ao capital. (Han, 2014, p. 11)

Neste interregno, a sociedade moderna quedou-se silente à transcendência religiosa, firmando-se sua imanência – ou seja, parte de si mesmo-, no capital, barganhando a liberdade pela culpa:

> Por el contrário, se abandona de nuevo la libertad en el momento en que el capital se erige en una nueva trascendencia, en un nuevo amo política acaba convirtiéndose de nuevo en esclavitud. Se convierte en un esbirro del capital (Han, 2014, p. 12).

Simultaneamente, o capitalismo como Deus é capaz de se valer dos líderes religiosos para fortalecer a crença da incansável evolução, subjetificando o ser, agora, por meio da constante introspecção, seguida da culpa da insuficiência:

> La ideología neoliberal de la optimización personal desarrolla caracteres religiosos, incluso fanáticos. Representa una nueva forma de subjetivación. El trabajo sin fin en el propio yo se asemeja a la introspección y al examen protestantes, que representa a su vez una técnica de subjetivación y dominación. En lugar de buscar pecados se buscan pensamientos negativos. El yo lucha consigo mismo como con un enemigo. Los predicadores evangélicos actúan hoy como mánagers y entrenadores motivacionales, y predican el nuevo evangelio del rendimiento y la optimización sin límite (Byung-Chul Han, 2014, 27-28).

É conveniente, ainda, perceber que, no cenário de capitalização do “divino”, as dissonâncias relativas às distribuições do poder econômico a nível mundial influenciam também na determinação daqueles que serão considerados alheios aos fundamentos do novo deus.

Quanto a isso, aliás, por ocasião da Segunda Conferência Geral do Episcopado Latino-Americano, convocada pelo Papa Paulo VI, ocorrida na Colômbia e em 1968, consolidou-se, de certa forma, o posicionamento da libertação das sujeições sofridas pela américa do sul, se abstendo da centralização do próprio capitalismo, tendo, pois, o ser humano como objeto do discurso:

> A novidade do Concílio Vaticano II é claramente notada quando o documento final não evoca a autoridade da hierarquia e coloca o ser humano e sua história no centro de suas preocupações. Essa opção situa o discurso do episcopado fora das forças impessoais em disputa no momento, tanto do capitalismo quanto do socialismo. Ele recupera o humano sufocado pelas análises por demais estruturais, por um lado, e, por outro, de uma dialética preguiçosa, que compreendia que o movimento da história estava pré-definido no sentido da revolução. Esperava-se corrigir os erros e idolatrias do mercado, do lucro, do Estado e do movimento impessoal da história (Siqueira; Baptista; Silva, 2018, p. 652).

A pertinaz preocupação com o próprio ser humano, contudo, não afasta, por si, como esclareceu Hinkelammert, o fato de que o capitalismo, após a sua globalização, se tornou, dogmática e teologicamente uma religião, sobretudo porque sua estrutura, de caráter litúrgico, promove a manutenção de seu poder valendo-se da retroalimentação da dualidade da dívida e da culpa (2012, p. 259).

É dizer, de outro modo, que a imanência divina passa a ser consolidada, vivida e criada por intermédio do capital, que ganha seu próprio culto, como aquilo que denominou o autor como um processo “transcendental”:

> De fato, trata-se de urna dialética transcendental para a qual as relações sociais diretas - como relações diretamente sociais das pessoas em seus trabalhos - são a referência transcendental. Resulta disso urna ética, que não é ética de normas, mas que formula um ponto de vista a partir do qual qualquer ética de normas é criticável e passível de desenvolvimento (Hinkelammert, 2012, p. 260).

Note-se que aquilo que transcende e dá sentido à vida, não pode ser criticado, tampouco preterido, razão pela qual o capital tornou-se plenamente capaz de manter sua resiliente hegemonia.

Neste ínterim, o culto ao capital se estrutura na dinâmica de pecado e perdão baseado nas dívidas. O pecado, portanto, guarda relação epistemológica com o cumprimento de uma lei, uma falta, uma obrigação que não foi cumprida, funcionando com a mesma lógica ética do mercado:

> Não podemos deixar de ter em mente aqui que o núcleo da lei é, ao mesmo tempo, a ética do mercado. Logo, a transformação da fome natural das coisas em cobiça infinita e abstrata se produz no mercado. [...] Podemos fazer uso, de novo, do exemplo do prestamista que cobra uma dívida impagável. Ele mata o devedor, mas se mata também a si mesmo, porque nele atua a morte, cujo aguilhão é o pecado (Hinkelammert, 2012, p. 92).

A consequência, enfim, se traduz na construção de um “[...] Estado de direito, seja do capitalismo ou do socialismo histórico, baseado na falsa liberdade", de sorte que “[...] a cobiça se torna presente como maximização dos lucros ou da taxa de crescimento, que se apresenta com a aparência da inocência e da renúncia aos juízos de valor e que hoje ameaça a própria sobrevivência da humanidade e de toda a natureza (Hinkelammert, 2012, p. 99).

Eis o fundamento para que outrora tenha sido construída a noção positivista da razão, que, em última instância, promoveu a secularização da lei divina na forma da lei jurídica. Assim como aconteceu nas teorias medievais cristãs, o sacrifício passou a justificar a morte daqueles que se mostravam como inimigos:

> Assim, o projeto “de sujeitar os inimigos de Cristo para criar uma humanidade que não volte a crucificá-lo, substituindo o seu sacrifício infinito por novos sacrifícios finitos” tornou-se parte de um mundo onde a moral cristã por excelência exalta o sacrifício como política anti-sacrificial (Costa, 2024, p. 6).

Destarte, se a divindade do capital é firmada na dicotomia entre dívida e perdão, o pecado torna-se o descumprimento da lei, que, por sua vez, alinha-se às necessidades da sociedade capitalista.

De outra forma, a sociedade burguesa promove sacrifícios baseada na ideia anti-sacrificial da propriedade, inocuizando aqueles que a ela não assintam:

> A propriedade exige o sacrifício como princípio para o anti-sacrifício. Só é possível abdicar do sacrifício quando se conquista a propriedade. Nesse sentido, a propriedade garante ao sacrificador a liberdade necessária para a vida anti-sacrificial (Costa, 2024, p. 7).

Como esclareceu Hinkelammert, a dita liberdade liberal é, na verdade, uma condição ao sacrifício que, caso não atendida, legitima o anti-sacrifício:

> A lei não permite matar, mas permite deixar morrer e levar as pessoas a situações nas quais estão condenadas a morrer, ainda que de modo lento. São vítimas da liberdade, porque a lei instrumentalizada pela cobiça é considerada lei da liberdade. E a liberdade tem de oferecer sacrifícios humanos para poder assegurar o bem de todos (2012, 108-109).

No mesmo sentido, na sociedade neoliberal o pecado, ou seja, o descumprimento da lei, passou a ser traduzido como tudo aquilo que detém potencial para modificar a lei do próprio mercado, tendo no endividamento a forma de libertação da dívida. Ou seja, a liberdade deve ser exercida com o sacrifício da dívida a fim de beneficiar a propriedade, agora, a mais pura expressão da salvação:

> A dogmática teológica do capitalismo coroou na fé econômica a crença de que o endividamento é a forma do sacrifício inevitável para a salvação na terra. Que essa salvação venha por meio da propriedade, parece ser a conclusão encontrada por toda teoria liberal (Costa, 2024, p. 9).

Rememore-se o que esclareceu Nietzsche quando de suas críticas ao cristianismo que, frise-se, de antemão, eram particularmente fundamentadas na prisão do endividamento pela culpa, que, no contexto neoliberal – como dito – foi repassado ao novo Deus capital:

> O que nós combatemos no Cristianismo? Que ele quer quebrar os fortes, quer desencorajar sua coragem, tirar proveito de suas horas ruins e de seu cansaço; que ele quer transformar sua segurança orgulhosa em inquietação e conflito de consciência [...] até que sua força, sua vontade de ter poder se volte para trás e contra si mesmos [...] (Nietzsche, Bd. XV, 1894-1913, p. 329).

De outra forma, a ligação entre culpa e dívida no capitalismo “[...] tem o duplo caráter de dívida ou endividamento econômico e, também, a conotação de culpa subjetiva” (Ramminger, 2021, p. 459).

É um círculo vicioso incansável pela busca do “ter” e a impossibilidade de alcançar o fim da dívida e, portanto, da culpa:

> A práxis inconsciente evocada pelo capitalismo é o *perpetuum mobile* do investimento - lucro - crédito do investimento - lucro - *ad infinitum*. No final do processo aparece apenas a destruição/ruína do ser e o fato de que isto tornou a felicidade impossível (Ramminger, 2021, p. 459).

Concernente aos estudos de Hinkelammert, a busca infindável pelo progresso desaguou em três principais ameaças globais: “a exclusão da população, a subversão das relações sociais e a ameaça à natureza”, circunstâncias que não pode e nem há pretensão de que sejam refutadas pelo mercado (2012):

> Esta política de maximização do crescimento, hoje, tocou seus limites. O que o relatório do **Clube de Roma**, em 1972, anunciava com o título “Os limites do crescimento”, hoje é real. A crise de 2008 não é simplesmente uma crise do sistema financeiro, mas o começo de uma crise produzida pelos limites do crescimento, constantemente notável e sem remédio. O que se dá é a rebelião dos limites (Hinkelarmmert, 2012).

Na sistemática do endividamento, o teólogo identifica dois fatores cruciais às três grandes ameaças há pouco apresentadas, consubstanciadas, simultaneamente, pela exclusão populacional – setorial – provocada pela globalização e a sujeição política ao “automatismo da dívida" (Hinkelammert, 2012).

A repercussão final é clara: a soberania dos Estados foi enfraquecida, esvaziando a democracia, ora submetida ao capital:

> O povo renuncia à sua soberania e a entrega ao poder econômico, que se faz presente como Capital. Os métodos para conquistar isto são muitos. Quero mencionar apenas dois, que tem um caráter central: a criação da opinião pública, no sentido de uma opinião publicada, e a ampla determinação da política pelo financiamento das eleições (Hinkelammert, 2012).

Inobstante, ao passo que o poder econômico condena a morte se valendo da miséria – concentrada sobretudo na américa do sul – o poder político executa seu mandamento, de sorte que “[...] o poder político tem que justificar a morte, enquanto o poder econômico tem que justificar a razão pela qual deixa morrer e não intervém no genocídio ditado pelo mercado” (Hinkelammert, 2012).

O fator que segue em exame é de necessária investigação: se o capital é tido como Deus e aquele que o prejudica renúncia à condição da liberdade, legitimando, enfim, seu próprio sacrifício, em que medida se sujeitam os Direitos Humanos às próprias instituições?

2.3.1 A inversão dos direitos e a rebelião da liberdade

Como dito, o dinheiro como culto dá lugar a modificação da noção de divino e a consequência disso também perpassa o domínio divino sobre a

existência, ou seja, o poder de ditar o certo e o errado, o bem e o mal. Vê-se, daí, então, a pronta necessidade de que o ser humano seja capaz de se libertar de tais dogmas.

Para melhor esclarecer as bases de tal perspectiva, é relevante a digressão acerca das convicções religiosas originárias do mundo, pelo menos sob a ótica do cristianismo. Em exemplificação, como esclarece Hinkelammert, a proibição feita no paraíso a Adão e Eva quanto ao impedimento de comer a fruta é, em essência, uma proibição sem fundamento, de maneira tal que não se curvar a ordem é também aceitar-se enquanto sujeito (2002, p. 256).

Nessa esteira, o pecado não teria ligação com o ato de comer a fruta proibida, mas com a percepção de finitude e, por conseguinte, de morte e pecado. É dizer, pois, que Adão e Eva perceberam ali, sua dimensão humana, por meio daquilo que Hinkelammert intitulou como sendo uma “Rebelião Legítima”:

> Por eso, con Eva y Adán entró la muerte y el pecado en la vida humana. Eso no significa, que su rebelión sea un "pecado". Es la reivindicación de la infinitud, lo que es la reivindicación de la libertad. Esto implica descubrir la muerte y el pecado. No los originan, sino los ponen a la luz (Hinkelammert, 2002, p. 257).

Não há, malgrado a isso, violação de lei moral, cuja referência bíblica primária seria a posterior morte de Caim por Abel, isso porque o simples fato de uma lei vir de Deus não poderia, em si, torná-la legítima, de sorte que a condenação é, em verdade, uma libertação: “*La condena por la fruta prohibida es liberación*” (Hinkelammert, 2002, p. 258).

Ao cabo, o ato de Eva revela a infinitude humana e a semelhança com o divino, expressa, inclusive, por Deus quando disse: “Então disse o Senhor Deus: Eis que o homem é como um de nós, sabendo o bem e o mal; ora, para que não estenda a sua mão, e tome também da árvore da vida, e coma e viva eternamente” (Gênesis 3:22).

A circunstância de Caim e Abel, aliás, revela outro ponto pertinente dessa interpretação. Aduz Hinkelammert que o ato de confissão de Caim testemunha a existência de um crime sem que haja lei anterior que assim o defina. Noutros termos, é possível que uma violação da lei não seja crime ou que um crime não seja violação da lei, já que a existência do crime não depende de lei que o regule,

sendo, no fim das contas, o discernimento o grande fator de liberdade (2002, p. 260).

Foi com a perpetuação do mito do pecado original cometido por Adão e Eva que o cristianismo se enveredou por concretizar suas raízes em uma ideia de dominação que afasta o significado de libertação do ato de comer a fruta proibida. O contrário, estipulado pelo cristianismo contemporâneo, também conduz à tirania, na medida em que aceita a ideia de um novo mundo em que nada é proibido (Hinkelammert, 2002, p. 263).

Eis, por fim, a concatenação das maldições aferidas pelo mito do paraíso: à mulher, as dores do parto e a subserviência patriarcal, ao homem, o dever do trabalho, a ambos, a liberdade de viver e a certeza da morte. Em qualquer caso, as maldições representariam espaços de liberdade, não castigos divinos (Hinkelammert, 2002, p. 264).

A resposta ao crime cometido por Caim, lado outro, demonstra a face participante da dor, uma vez que, representada pela punição, equaliza uma certa ambiguidade continua: ao mesmo tempo em que se reprime o ato delitivo, se é cúmplice do sofrimento daquele que o cometeu, de modo que a punição, em essência, é também desumanizante (Hinkelammert, 2002, p. 268).

O contraste bíblico a tal circunstância teria se dado, por exemplo, quando Abraão se negou a sacrificar seu filho Isaac, ainda que, para isso, precisasse ir contra o mandamento divino, tratando-se, portanto, de uma rebelião, dessa vez, a favor da vida (Hinkelammert, 2002, p. 274).

Segundo Hinkelammert, contudo, não haveria revolução na terra sem que o mesmo acontecesse no céu e a recíproca é verdadeira. Em suma, o mito do paraíso representaria a rebelião na terra a um deus tirânico, cujas leis não possuem fundamentos e impediam a concepção humana, enquanto o mito de Caim representaria a rebelião do céu em relação a conduta humana, repercutida, novamente, pelo mito de Abraão, que, enfim, levantou a rebelião na terra pelo apelo à vida (2002, p. 275).

Por conseguinte, o sacrifício de Jesus representaria a rebelião contra o próprio Deus, já que a percepção divina entre o Antigo e o Novo Testamento bíblico é sensivelmente distinta, afastando, ainda, a fé judaica.

Jesus teria sido morto por acusações de que seria um fator perturbador à lei romana, o que incluía a blasfêmia. Noutro giro, a rebelião no céu retratada

pelo livro de Apocalipse seria a resposta a atribuição de poder divino à lei romana, ou seja, sua deificação, de modo que a figura de satanás, fundador de um Império, faz referência direta ao Império Romano, aclamado como deus e que teria matado Jesus (Hinkelammert, 2002, p. 279).

O ciclo que segue a ascensão do cristianismo em nada altera a “roda da culpa”. Agora, eram julgados aqueles que crucificaram Jesus, por sua vez, divinizado como lei no lugar do Império Romano, revelando a dualidade do Cristianismo: ao mesmo tempo em que domina, expõe críticas à dominação (Hinkelammert, 2002, p. 280-281).

A idade moderna não se mostrou distinta. A ideia iluminista promove, pois, o resgate das tradições greco-romanas, as quais, por sua vez, se prestam a não validação do ser como sujeito, absorvendo, na figura do proprietário, uma matriz cristã liberal individualista (Hinkelammert, 2002, p. 281).

A própria fundação dos Direitos Humanos na sociedade burguesa se dá em preocupação ao direito à propriedade, não sendo pautada na ideia de sujeito em essência, mas no sujeito como dono, novamente aprisionando a sociedade em uma espécie de moldura principal, ora atrelada à propriedade, ideia central do direito a existir em sociedade:

> Aparecen derechos que no son de propiedad, como los derechos referentes a la integridad corporal de la persona humana (no ser torturada, no ser matado arbitrariamente), pero inclusive estos derechos son jerarquizados por la propiedad privada con el resultado de que son violados regularmente frente a todos que no se someten a la vigencia del derecho de propiedad privada como princípio superior de la sociedad basado en derechos humanos (Hinkelammert, 2002, p. 282).

Nesse sentido é que, portanto, esclarece Hinkelammert que a ideia de oposição à sociedade burguesa se efetiva como “oposição aos direitos humanos”, na medida em que estes derivam do próprio direito à propriedade, por sua vez, consubstanciado pela “política de acumulação global de capital”, o que se dá em medida arbitrária e demasiada, ou, como melhor descreveu o autor em voga, em caráter despótico e dogmático (Hinkelammert, 2002, p. 283-284).

Significa dizer, outrossim, que os Direitos Humanos consagrados no século XVIII, concomitantemente, entregam liberdade e a submetem institucionalmente, gerando ao fim, sua indeclinável queda, sobretudo porque foram ancorados em coisas – enquanto instituições – não em pessoas, essas

sim, humanas. A consequência que segue é clara: aquele que não se equipara às instituições dotadas de Direitos Humanos, também não os detém.

Ao cabo, as ditas instituições na atualidade são representadas pela figura do mercado, detentor do poder arbitrário capaz de guiar a mídia e, inclusive, estabelecer modo de vida, revelando, por fim, o antagonismo iluminista quase paradoxal: a dita emancipação burguesa é firmada na submissão humana à lógica do mercado (Hinkelammert, 2002, p. 284).[6]

Eis, nesse ponto, a coligação com a mencionada imposição do Mercado enquanto deus, configurada pela destituição do sagrado, agora firmado no ideal de progresso incessante que não admite pausas, modificando a relevância das religiões para as sociedades, ora regidas pelo deus mercado.[7]

Noutros termos, importa a religião desde que esta possa servir ao desenvolvimento do viés mercadológico, ou, como nomeia Hinkelammert, desde que esta corrobore ao crescimento da "*religión intramundana del progreso infinito*" (Hinkelammert, 2002, p. 286).

Se a religião também expressa a cultura dos povos, a modernidade do capital, sem nenhum controle, devasta a expressão da democracia por onde passa, sobretudo porque a atividade privada passou a deter poder em relação ao Estado enquanto soberano (Hinkelammert, 2002, p. 287).

Conquanto os direitos humanos tenham sido subvertidos às instituições, acaso se pretenda caminhar à sua efetividade é preciso replanejar – ou reiniciar

---

[6] Grande parte da problemática, neste ponto, reside no fato de que, se o poder agora se encontra nas mãos do Mercado, esse também opera na lógica canônica já atrelada ao direito, sendo não só despótico, mas também inquestionável. Como esclareceu Nilo Batista: "Para o sistema penal canônico, das diretrizes básicas para o seu desempenho à elaboração doutrinal, o conjunto de prescrições contidas na Sagrada Escritura funciona como norma fundamental em sentido Kelsiano (*grundnorm*), ou seja, uma espécie de norma cuja validade não é derivável de qualquer outra e cujo fundamento de validade "não pode ser posto em questão" (2013, p. 165).

[7] Esse movimento evidencia, inclusive, o expressivo aumento de religiões cada vez menos baseadas em conceitos ortodoxos. Não porque houve uma mudança de pensamento dogmática nas percepções humanas, mas porque o dogma passa a se declinar ao mercado, sendo necessário que as religiões expliquem também as desigualdades e as dores trazidas pela lógica do mercado. Nesse sentido:

Se, por um lado, a Igreja ganhava em visibilidade na sociedade, já que, investida de um poder moral decorrente de sua posição social, enfrentava o governo abertamente, por outro lado favorecia os concorrentes dentro do mercado religioso brasileiro, que ofereciam justamente modelos de religiosidade despolitizados, dirigidos para uma visão mais extramundana das práticas e discursos religiosos e dedicados ao provimento de alternativas para as dificuldades cotidianas das pessoas, tais como desemprego, as doenças, as complicações na vida familiar e outras dessa ordem (Guerra, 2019, p. 111).

– a rota de aplicação. Se os direitos humanos não podem ser os direitos das instituições, qualquer formulação voltada à concretização destes deve dispensar a predefinição daquelas. As instituições devem, pois, ser uma consequência dos direitos humanos e não ao contrário.

Trata-se da elaboração daquilo que Hinkelammert estabeleceu como uma "[...] necessária reformulação nas declarações dos Direitos Humanos do século XVIII", a fim de que sejam efetivamente alinhados aos indivíduos, notadamente porque "*Las instituciones son autoridad, los derechos humanos son libertad de la autoridad*" (2002, p. 287-290).

Na realidade, na medida em que os direitos humanos, sob pretexto de "intervenções humanitárias", são utilizados para promover sacrifícios de seus próprios detentores, se promove novamente a disseminação da desumanização (Hinkelammert 2002, p. 295).

A grande perversidade que aqui se assenta é que, a secularização e o poder do mercado transferiram a este o poder de sacrifício daquele outro, tudo em nome de um suposto "não-sacrifício". É como se, hipoteticamente em prol da preservação dos Direitos, estes fossem usurpados:

> Toda la colonización del mundo fue legitimada y encubierta como intervención humanitaria. Eso se ha generalizado desde fines del siglo XIX. Desde entonces, todas las partes en conflicto se sienten haciendo una intervención humanitaria. Una intervención humanitaria choca con la intervención humanitaria del enemigo. En el siglo XIX los Estados tienen todavía "ministerio de guerra". En el siglo xx: no había más ministerios de guerra, sino solamente "ministerios de defensa". Estamos a punto de tener en el siglo XXI solamente "ministerios de intervención humanitaria". Sin embargo, con cada uno de estos pasos las guerras se hicieron más inhumanas (Hinkelammert, 2002, p. 296).

Aqui, portanto, a necessidade que urge: questionar a lógica anti sacrificial do cristianismo, hoje secularizado. A invocação ao caráter humano persiste, pois, como "sujeito transcendente da realidade", ressuscitando a rebelião de Caim e Abel, agora, como clamor pela liberdade (Hinkelammert 2002, p. 296 – tradução livre).

Uma vez compreendidos os percalços naquilo que toca a interpretação da lei penal, a secularização do pecado e a inversão dos Direitos Humanos, pertinente que tais pontos sejam confrontados com a historicidade da pena enquanto instituto de punição, inclusive para que seja possível vislumbrar meios

à modificação da situação atual sem se olvidar das estratégias atuais de cerceamento do direito fundamental à liberdade.

3 TEORIAS DA PENA, EXECUÇÃO PENAL E GARANTISMO

É conveniente sobrelevar que a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, ou, como chamada, a Lei de Execução Penal - LEP, não foi a primeira inclusão da regulamentação do cumprimento de pena em jurisdição brasileira, a qual, nos primórdios da constituição da república federativa, era disposta no bojo do próprio Código Criminal do Império (Roig, 2006, p. 19).

Malgrado à sistemática imperial, como se vê da própria exposição de motivos da LEP, havia, outrora, sido interposta tentativa de separação do Código Penal e dos regramentos próprios à execução da pena, que, contudo, restou obstada pelo então vigente Estado Novo (Brasil, 1983).

Em breve digressão, a propósito, rememore-se que o Estado Novo, cuja duração alongou-se entre os anos de 1937 e 1945, se deu sob a ordem do então Presidente da República, Getúlio Vargas, que já ostentava tal função executiva desde 1930.

Baseado em ideias ditatoriais oligárquicas, Getúlio extinguiu a constituição à época vigente, bem como o Congresso Nacional em sua integralidade, instaurando, por consequência, uma ordem ditatorial que impediu a continuidade das votações acerca de um procedimento próprio à execução penal:

> Como se recorda, em 10 de novembro de 1937 o presidente dos Estados Unidos do Brasil anunciou, pelo rádio, a decretação de uma nova Constituição. Junto com este ato, foram fechadas as Casas Legislativas do país: câmaras de vereadores, assembleias estaduais, câmara federal e senado da República. Os mandatos dos parlamentares foram cassados e as eleições presidenciais, programadas para o começo de 1938, foram canceladas. Os governadores dos estados foram destituídos e em seus lugares foram nomeados “interventores federais”. No início de dezembro de 1937, todos os partidos políticos e milícias cívicas foram extintos (Decreto-Lei no 37) (Codato, 2015, p. 305).

Por isso, pois, quando da Exposição de Motivos da LEP, nº 213, de 09 de maio de 1983, esclareceu o então Ministro da Justiça, Ibrahim Abi-Ackel, os percalços que até ali haviam sido percorridos até a promulgação da Lei específica.

Senão, note-se:

> 2. Em 1933, a Comissão integrada por Cândido Mendes de Almeida, José Gabriel de Lemos Brito e Heitor Carrilho apresentou ao Governo o Anteprojeto de Código Penitenciário da República, encaminhado dois anos depois à Câmara dos Deputados por iniciativa da bancada da Paraíba, e cuja discussão ficou impedida com o advento do Estado Novo.
> 3. Em 1955 e 1963, respectivamente, os eminentes juristas Oscar Stevenson e Roberto Lyra traziam a lume os Anteprojetos de Código das Execuções Penais, que haviam elaborado, e que não chegaram à fase de revisão. Objetiva-se, então, à constitucionalidade da iniciativa da União para legislar sobre as regras jurídicas fundamentais do regime penitenciário, de modo a instituir no País uma política penal executiva.
> 4. Contentou-se, assim, o Governo da República com a sanção, em 2 de outubro de 1957, da Lei nº 3.274, que dispõe sobre as normas gerais de regime penitenciário.
> 5. Finalmente, em 29 de outubro de 1970 o Coordenador da Comissão de Estudos Legislativos, Professor José Carlos Moreira Alves, encaminhou ao Ministro Alfredo Buzaid o texto do Anteprojeto de Código das Execuções Penais elaborado pelo Professor Benjamin Moraes Filho, revisto por comissão composta dos Professores José Frederico Marques, José Salgado Martins e José Carlos Moreira Alves (Brasil, 1983).[8]

Com promulgação no ano seguinte à exposição de seus motivos, a LEP foi erguida sob os escombros da democracia brasileira, que, movimentada pela campanha das “Diretas Já”, se libertava do regime militar vigente desde 1964 e oficialmente extirpado com a posse do Presidente José Sarney, em meados de 1985.

Insere-se, portanto, como forma de consolidar a necessária correlação entre a execução penal e o princípio da legalidade, introduzindo o sistema progressivo de cumprimento da pena, a figura da reabilitação e, ainda, apartando do ordenamento jurídico o isolamento ocorrido no início do cumprimento das penas de reclusão, determinando, ademais, a criação de juízos especializados em todos os estados do Brasil (Brasil, 1983).

Por ora, entretanto, para além de compreender as raízes da execução penal no Brasil, mantém-se em caráter forçoso a relevância da compreensão das matrizes da própria pena, sobretudo para que se depreenda, a partir daí, as mazelas transpostas pelo poder de punir desde a sua essência.

---

[8] Disponível junto ao site eletrônico da Câmaras dos Deputados sob o seguinte endereço eletrônico: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-exposicaodemotivos-149285-pl.html

3.1 Breve histórico da pena

É preciso compreender que a existência da pena precede, inclusive, a própria consolidação de sua teoria, cujo desenvolvimento se deu como parte primordial da busca pela limitação do poder de punir, há muito propagado sem quaisquer estruturantes objetivos. Por isso mesmo, o compilado das raízes de sua aplicação, em demasiado, extenso, cabendo, por ora, a ponderação dos fatores históricos que mais influenciaram na formação dos aparatos penais como hoje vistos.

Por certo, a interpretação dada à Teoria Penal suportou mudanças metodológicas aparentes desde o século XIX, inclusive no que tange à Teoria do Delito. De outra forma, percebe-se que a Ciência Penal encruzou importantes revoluções normativas.

De todo modo, é pertinente perceber que as modificações ocorridas na sociedade, inclusive em detrimento da globalização e da ascensão do capitalismo como sistema predominantemente mundial entre os séculos XVII e XVIII interferiram nas proteções – e nas prioridades estabelecidas pelo sistema penal.

Outrossim, remontando o cenário pretérito à consolidação dos pensamentos criminológicos – ainda que ortodoxos, a própria dogmática penal alinha suas origens ao estopim romano e também ao Direito canônico, inclusive porque parte significativa dos crimes hoje conhecidos são oriundos dos pretores romanos (Brandão, 2002, p. 124).

Na realidade, a idade média foi marcada por penas desumanas e que tinham como fim o benefício da nobreza, de maneira tal que, nas rígidas sociedades medievais, também impregnadas pela estruturação do Direito Romano, o meio à obtenção de confissão era a tortura e, se assim não fosse, seriam levados a cabo e como justificativa da punição rumores da população (Shecaira, 2012, p. 85).

Não bastasse, a prova não era visualizada como forma de demonstrar a veracidade dos fatos, mas, muito antes, apetecia a imposição daquele que era mais forte em detrimento do outro, considerado mais fraco. A ideia de razão, portanto, coaduna especialmente com a ideia de força (Foucault, 2002, p. 62).

Outrossim, como forma de manutenir a obstinada hegemonia do poderio da igreja, já em meados do Século XVI, quando da guinada à idade moderna, a assunção de funções alinhadas à resolução de conflitos sociais era exercida por homens de muito preparado, vinculados às universidades e às próprias igrejas (Anitua, 2015, p. 31).

De mais a mais, frise-se que, nesta época, a vontade de Deus era representada pela igreja e exercida por meio dos monarcas, os quais definiam as penas e os castigos, como se fossem, portanto, parte do direito e do arbítrio divino:

> Enquanto organização burocrática, a Igreja influenciava o direito penal estatal no que concerne à averiguação da verdade e à importância da confissão quanto à noção de pecado, base da penitência ou castigo. Assim, os indivíduos sem pecado e dotados de virtudes se encarregaram de corrigir os "pecadores", a fim de que não contagiaram os demais inocentes [...] (Kanzler, 2022, p.2 24).

Apesar de historicamente inaugurada a denominada idade moderna, sob a ótica da preservação da integridade física e muito antes da propagação do alinhamento científico penal à aplicação da pena ocorrida a partir do século XIX, o máximo rigor dos castigos se expressavam na forma dos suplícios, caracterizados pela ritualização e a inclusão de um caráter teatral à punição, marcado por execuções públicas, ou, como denominou Foucault, por um verdadeiro "espetáculo punitivo" (1987, p. 12).

Com a consolidação dos conceitos iluministas da Revolução Francesa e a crescente chamada por dogmas afetos à legalidade e a igualdade, a pena pública, manifestada por meio da morte e da violência, passou a ser tida como cruel:

> A punição pouco a pouco deixou de ser uma cena. E tudo o que pudesse implicar de espetáculo desde então terá um cunho negativo; e como as funções da cerimônia penal deixavam pouco a pouco de ser compreendidas, ficou a suspeita de que tal rito que dava um "fecho" ao crime mantinha com ele afinidades espúrias: igualando-o, ou mesmo ultrapassando-o em selvageria, acostumando os espectadores a uma ferocidade de que todos queriam vê-los afastados, mostrando-lhes a frequência dos crimes, fazendo o carrasco se parecer com criminoso, os juízes aos assassinos, invertendo no último momento os papéis, fazendo do supliciado um objeto de piedade e de admiração (Foucault, 1987, p. 14).

Nesse mesmo contexto, Cesare Beccaria, foi um importante nome dos pensamentos reformistas penais, muito embora sua escrita precedesse, inclusive, o conceito hoje conhecido por legalidade.

A bem da verdade, o marquês inaugurou relevantes reflexões no que tange à plausibilidade da pena e, em parcelas significativas, o fez consubstanciado por pensamentos rousseaunianos. A retro semelhança, aliás, foi carregada como alcunha, tendo sido nomeado por Ferdinando Facchinei, missionário dominicano da época, o “Rousseau dos Italianos” (Bicudo, 2015, p. 43).

Após a publicação do seu livro “Dos Delitos e das Penas”, primeiramente de forma anônima e em 1765 com autoria vinculada, Beccaria instigou, alinhado a ideia do Contrato Social, um grande precursor na teoria da pena: a necessidade e os limites da pena importam tanto quanto a sua existência.

É dizer, de outro modo, que pela primeira vez – em termos de aceitação e disseminação global – houve uma manifestação político-social que externava a origem da legitimidade da pena e, mais do que isso, direcionava a quem este direito pertence.

Aclarou, pois, que as leis são a soma das restrições individuais das liberdades de cada um, razão pela qual não lhe caberia decidir pela morte ou pela vida.

Discordou explicitamente, lado outro, das então vigentes penas de morte, eis que, em suas palavras:

> A soberania e as leis não são mais do que a soma das pequenas porções de liberdade que cada um cedeu à sociedade. Representam a vontade geral, resultado da união das vontades particulares. Mas, quem já pensou em dar a outros homens o direito de tirar-lhe a vida? Será o caso de supor que, no sacrifício que faz de uma pequena parte de sua liberdade, tenha cada indivíduo querido arriscar a própria existência, o mais precioso de todos os bens?” (Beccaria, 2002: 16).

Ao soberano, portanto, eram dadas as parcelas de liberdades individuais, cuja junção fundamenta o direito de punir. Por isso dizia Beccaria que:

> As penas que ultrapassam a necessidade de conservar o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza; e tanto mais justas serão quanto mais sagradas e invioláveis for a segurança e maior a liberdade que o soberano conservar aos súditos (2002: 02).

É preciso, no entanto, regressar ao ponto fulcral das construções das instituições penitenciárias e, portanto, da consolidação das penas.

Na verdade, apesar das reflexões e modificações ocorridas com o pensamento iluminista, a punição, no que tange a transição da idade média e o sistema feudal à idade moderna e o sistema capital, se deu, também, por essência da própria moldagem de organização social.

Para melhor compreender a função penitenciária em atenção a – então – recente inserção do capitalismo, leve-se em conta, sobretudo, a importância da punição em relação à instituição da classe burguesa.

Nesse sentido, com a flagrante descensão do sistema feudal, já nos séculos XV e XVI, as classes camponesas suportaram um intenso aumento na carga de trabalho, encontrando como forma de libertação a "[...] vagabundagem pelos campos ou da fuga para as cidades. É a mesma rudeza que as relações sociais assumem no modo de produção feudal - com o aprofundamento da "luta de classe nos campos, que encontra sua expressão primeira na fuga de uma situação doravante insustentável - que determina o seu fim" (Melossi; Pavarini, 2006, p. 35).

É dizer, de outro modo, que aqueles que seriam, quando da instituição do modelo capitalista em meados do século XVIII, os proletários industriais, começaram a ser expropriados de seus campos nas encetaduras da nova ordem econômica:

> Mais do que qualquer outro fenômeno, a impiedosa ferocidade de classe com a qual o capital, com a rapina, incrementa a si mesmo, penetrando nos campos, expulsando de lá as primeiras levas do futuro proletariado industrial das cidades, faz-se presente nas *enclosures of commons* (cercamentos das terras comunais), cuja sanção legislativa ocorrida no século XVIII Marx definirá como "decretos de expropriação do povo" (Melossi; Pavarini, 2006, p. 34).

Ocorre que, ainda no século XVI, a demanda dos trabalhos mostrou-se infinitamente maior do que a oferta dos camponeses podiam oferecer, razão pela qual quedou-se inerte a liberdade: era o início da imposição dos trabalhos forçados, assumindo, pois, "[...] a função de regulação frente ao preço do trabalho no mercado livre" (Melossi; Pavarini, 2006, p. 39).

Eis, por consequência, as lutas que culminaram na expressão dos delitos, já que a docilidade política se tornou requisito essencial ao desenvolvimento do capital:

> [...] É evidente que, na medida em que a oferta de trabalho é escassa, aumenta a capacidade de oposição e de resistência da classe, e sua possibilidade de luta para não se deixar abater. Isso, ainda que não expresse formas conscientes organizadas de luta, tende, de qualquer modo, a colocar em perigo a ordem social no seu conjunto e a tornar-se uma ação *objetivamente política*, exprimindo-se espontaneamente no delito, numa crescente agressividade, na revolta (Melossi; Pavarini, 2006, p. 41).

Sobre isso, ao mencionar a docilidade política, Foucault esclareceu que a sua inserção na sociedade se dá em concomitante à estipulação daquilo que denominou como sendo uma mecânica de poder", ou seja, a ideia do corpo como ente político (1987, p. 164).

Potencialmente, na medida em que se conduz o corpo ao poder, o atém ainda, à disciplina, de modo a evitar viravoltas de ordem social que sucumbissem o plano de ascensão econômica do capital, tornando o rebelde em criminoso. Diz-se, portanto, que a disciplina, ao mesmo tempo em que aumenta a possibilidade de utilidade econômica do corpo, cércea a revolta, transformando-o, ao mesmo tempo, em útil e dócil:

> A disciplina aumenta as forças do corpo (em termos econômicos de utilidade) e diminui essas mesmas forças (em termos políticos de obediência). Em uma palavra: ela dissocia o poder do corpo; faz dele por um lado uma "aptidão", uma "capacidade" que ela procura aumentar; e inverte por outro lado a energia, a potência que poderia resultar disso, e faz dela uma relação de sujeição estrita. Se a exploração econômica separa a força e o produto do trabalho, digamos que a coerção disciplinar estabelece no corpo o elo coercitivo entre uma aptidão aumentada e uma dominação acentuada (Foucault, 1987, p. 164-165).

Já em meados do século XVIII, quando os trabalhos no cárcere perderam em grande escala a produção necessária, crescendo com a revolução industrial o número de desempregados, a prisão passou a abandonar seu fim econômico produtivo "[...] e, por isso, indiretamente, ressocializantes, sendo perseguidos, ao contrário, objetivos punitivos e terroristas" (Melossi; Pavarini, 2006, p. 80).

No estopim da conhecida revolução burguesa, apesar do intento da inserção dos princípios da legalidade e da taxatividade, esses eram proclamados em favor da classe burguesa. Não interferiram positivamente, portanto, na relação entre o proletariado e o poder punitivo (Melossi; Pavarini, 2006, p. 88).

Na verdade, os proletariados eram diretamente alinhados à pobreza, conectada ao desemprego e, por fim, relacionada diretamente ao aumento da delinquência (Melossi; Pavarini, 20006, p. 89).

É concluir, neste ínterim, a seguinte cadeia lógica dedutiva: por proletariado se entendia o pobre e, por pobre, o desempregado e, se desempregado, também alinhado à dita vagabundagem que, enfim, etiquetava-os enquanto agentes delituosos.

3.2 Sistemas Penitenciários

Se na idade média a prisão era associada a torturas, penas de morte e, logo, praticavam a ideia de completa exclusão do corpo, na idade moderna, passou a significar a contenção da delinquência com seu efetivo uso à produção, consubstanciando a citada ideia de corpo político.

Mais tarde, quando da inserção dos sistemas penitenciários, a prisão se apresentou em três ou quatro formas distintas, até atingisse a hoje estabelecida forma progressiva. Esses momentos foram separados, grosso modo, sob as seguintes formas de organização: Sistema Pensilvânico, Sistema Auburniano, Sistema Inglês e sua projeção mais moderna por meio do Sistema Irlandês.

A base angular dos sistemas penitenciários europeus foi criada por Jeremy Bentham, na ideia que se consagrou como o “Panopticon de Bentham” e consistia no completo cerceamento da liberdade:

> O elemento central do projeto era, sem dúvida, o "princípio de inspeção", isto é, a possibilidade de, com poucos homens, manter sob constante vigilância - ou de fazer crer e se estava sob contínua vigilância - todos os indivíduos encerrados na instituição. (Melossi; Pavarini, 2006, p. 71). [9]

O referido sistema Europeu contava com a execução de castigos disciplinares e foi, depois, incorporado aos primórdios dos sistemas vistos nos Estados Unidos, que já traziam semelhanças aos atuais modelos penitenciários (Cuello, 1958, p. 309).

---

[9] Em esclarecimento a denominação dada ao sistema, explicam Melossi e Pavarini, o seguinte: O princípio formal sobre o qual se baseava o Panóptico consistia na combinação de dois recipientes cilíndricos coaxiais, de vários planos, com funções opostas e complementares: as coroas circulares, em correspondência com os planos do cilindro externo, estavam divididas por meio de sete radiais em unidades celulares completamente abertas para o vão central e iluminadas pelo perímetro externo; esta parte era reservada aos indivíduos que deveriam ser controlados. No cilindro coaxial interno, oculto por finas paredes opacas, dispostas ao longo de toda a extensão do perímetro, encontravam-se os locais destinados aos cárceres - muito poucos, se forem necessários -, os quais, sem possibilidade de serem vistos, poderiam exercer um controle constante e inquisitivo sobre qualquer ponto do cilindro externo, através de espias colocadas nas paredes: nada podia fugir do seu olhar (2006, p. 71).

3.2.1. Sistema Pensilvânico ou Filadélfico

Com base no panóptico, o primeiro sistema estadunidense, chamado Sistema Pensilvânico ou Filadélfico, funcionava sob a base do isolamento celular e, embora se afastasse da pena de morte, conduzindo, à época, a um viés humanitário, exercia internamentos compulsórios, além do trabalho forçado (Melossi; Pavarini, 2006, p. 159).

O sistema exigia o silêncio absoluto e se prestava, também, à redução dos custos com as prisões:

> A estrutura desta forma de execução penitenciária se baseia no isolamento celular dos internos, na obrigação ao silêncio, na meditação e na oração. Este sistema garantia, em primeiro lugar, uma drástica redução com as despesas de vigilância; em segundo lugar, este rígido estado de segregação? individual negava, a priori, a possibilidade de introduzir um tipo de organização industrial nas prisões (Melossi; Pavarini, 2006, p. 188).

A aludida sistemática, contudo, não gerou bons frutos:

> Essa experiência de estrito confinamento solitário resultou em grande fracasso: de oitenta prisioneiros em isolamento total contínuo, com duas exceções, os demais resultaram mortos, enlouqueceram ou alcançaram o perdão. Uma comissão legislativa investigou esse problema em 1824, e recomendou o abandono do sistema de confinamento solitário. A partir de então se estendeu a política de permitir o trabalho em comum dos reclusos, sob absoluto silêncio e confinamento solitário durante a noite (Bitencourt, 2024, p. 144).

Seu fracasso demonstrou aquilo que hoje já se conhece: o isolamento ininterrupto não auxilia na recuperação do preso, sendo, a bem da verdade, verdadeira ofensa à dignidade da pessoa humana, ora internacional e constitucionalmente consagrada.

3.2.2 Sistema Auburniano ou Silent System

Emergiu, do aludido cenário, o *Silent System*, inaugurado em Auburn e de maior aceitação nos Estados Unidos, era uma espécie alterada do Sistema Filadélfico, pois, muito embora, como o próprio nome indica, exigisse o silêncio absoluto, este se dava durante o agora permitido trabalho comum, visto que, nesse caso, o isolamento celular era apenas noturno (Oliveira, 2002, p. 52).

Sob esse regime, os presos não podiam dialogar, seja de forma falada ou escrita, o que era burlado por meio de linguagens de sinais ou sinais sonoros entre as paredes, sendo vedado, em todo caso, o direito à visita (Guzmán, 1976, p. 86).

Seus princípios fundamentais, frise-se, se afastam da ideia de reforma do preso, pretendendo "[...] consciente ou inconscientemente, servir de modelo ideal à sociedade, um microcosmos de uma sociedade perfeita onde os indivíduos se encontrem isolados em sua existência moral, mas são reunidos sob um enquadramento hierárquico estrito, com o fim de resultarem produtivos ao sistema" (Bitencourt, 2024, p. 145).

Aliás, guarnecido de dogmas militares, o sistema, garantia, "um controle ininterrupto", capaz, portanto, de "requalificar o criminoso como indivíduo social", treinando-o, finalmente, a uma "atividade útil e resignada" (Foucault, 1987, p. 267).

3.2.3 Sistemas Progressivos Inglês e Irlandês ou Mark System

Com os modelos progressivos de prisão, ou, como também intitulados, *Mark System*, surgiram os sistemas Inglês e Irlandês, cujas bases diferiam em tão somente um item: o período intermediário.

Desta feita, enquanto aquele – Inglês – se dividia entre: a) o período de prova em isolamento celular diurno e noturno, com trabalho de caráter obrigatório; b) trabalho em comum durante o dia, ainda tendo o silêncio absoluto como regra, mas com o isolamento celular somente em período noturno; e c) a liberdade condicional, que, por óbvio limitava a liberdade e, sendo cumprido, tinha consciência liberdade definitiva; este – Irlandês – incluiu, como adiantado, um terceiro estágio entre o trabalho comum e a liberdade condicional (Bitencourt, 2024, p. 150).

No período intermediário, "[...] era executado em prisões especiais, onde o preso trabalhava ao ar livre, no exterior do estabelecimento, em trabalhos preferencialmente agrícolas." Seu principal diferencial, pois, era a menor rigidez, já que cumpridos "[...] em prisões sem muro nem ferrolhos, mais parecidas com um asilo de beneficência do que com uma prisão" (Bitencourt, 2024, p. 151).

Perpassada a evolução dos próprios sistemas penais, faz-se necessário compreender, ainda, a difusão das teorias que fundamentaram a própria pena. Para além do exame da forma com a qual se dava a punição, é forçosa a relevância do esforço intelectivo quanto às razões que a fundamentam, ao menos em tese.

3.3 Teorias da pena

A pena é, em última medida, a manifestação concreta da coerção penal, representando, por consequência, o *jus puniendi* em essência. É, portanto, consequência do crime, que, em consonância, é causa pena.

Noutras palavras, como singularmente elucidado por Salo de Carvalho, a pena, representada pelo preceito secundário do crime, uma vez tipificada a conduta pelo tipo, "[...] estará sempre vinculada à possibilidade concreta de os Poderes constituídos habilitarem um ato de coerção" (2020, p. 59).

Modificando a ideia medieval de punição com a própria vida, a pena capaz de restabelecer a liberdade representa a própria evolução da sociedade moderna, que, sobretudo com o labor, passa a tê-lo como valor de inestimável importância:

> Deste modo, ao retirar a liberdade de locomoção, que essencialmente é a liberdade de movimento, atinge-se, por conseguinte, o tempo do apenado. A retirada do tempo é uma forma de desconstrução do ser humano. Ao retirar o tempo, subtrai-se parte da existência social, isto é, subtrai-se a própria vida do apenado, o que aniquila a dignidade da pessoa humana (Brandão, 2020, p. 7-8).

A despeito daquele que suporta a pena, o Direito Penal parece evidenciar critérios políticos de coerção, mas se preocupando com o cerceamento do que com a própria tutela dos bens jurídicos (Pierangeli; Zaffaroni, 2002, p. 113).

Essa preferência, aliás, resultou também nos conhecidos discursos emergenciais advindos do chamado movimento "*Law and Order*", na segunda metade do século XX, o qual será oportunamente abordado em maior minúcia.

Adiante-se, no mesmo sentido e como esclareceu Pavarini, a desinteligência vislumbrada na função moderna da pena:

> A teoria da punição moderna também é a história de uma justificativa improvável quando ela deixa de ser uma punição justa e se torna útil. Tendo perdido aquela razão universal de justiça sobre a qual foi

> fundada, sua sobrevivência tem sido marcada pela precariedade: para existir deve agora ser demonstrado a que propósito serve (Pavarini, 1996, p. 59 – tradução nossa).

Malgrado às contradições, examinemos, sinteticamente, os fundamentos teóricos das teorias positivas da pena, sem olvidar a necessária relação entre o limite da punição e a manutenção dos direitos do indivíduo, circunstância que, em tese, guarneceria a proporcionalidade da pena necessária.

3.3.1 Teorias absolutas da pena

Baseada especialmente no caráter retributivo da pena, a teoria absoluta da pena a entende como meio para o alcance da justiça, intermediada pelo poder do Estado, correspondente ainda, a vontade do divino:

> Segundo este esquema retribucionista, é atribuída à pena, exclusivamente, a difícil incumbência de realizar a Justiça. A pena tem como fim fazer justiça, nada mais. A culpa do autor deve ser compensada com a imposição de um mal, que é a pena, e o fundamento da sanção estatal está no questionável livre-arbítrio, entendido como a capacidade de decisão do homem para distinguir entre o justo e o injusto. Isto se entende quando lembramos da "substituição do divino pelo humano" operada nesse momento histórico, dando margem à implantação do positivismo legal (Bitencourt, 2024, p. 111).

Ademais, a teoria absoluta da pena foi vinculada, por diversas vezes, ao Imperativo Categórico de Kant que, em linhas gerais, no que concerne ao crime, estipulou o seguinte: aquilo que se faz em conformidade com a lei é devido (*debitum*) e, de outro lado, a conduta a quem da lei é entendida como falta de moral, um demérito (*demeritum*), de sorte que a pena representa, enfim, o efeito do delito, recompensando o mérito (*praemium*) (Kant, 2008, p. 33).

Para Kant, o ser humano "[...] age externamente de modo que o livre uso de teu arbítrio possa coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal", de sorte que o crime, quer seja público, quer seja privado, opõe a conduta em desfavor dos demais cidadãos (2008, p. 77).[10]

---

[10] Por oportuno, ressalte-se a diferença, para Kant, entre o crime público e o crime privado: "[...] se o crime é privado, isto é, praticado de modo que possa ser visto por outra pessoa, como apropriação indevida ou fraude nas relações de compra e venda, é levado à justiça civil. Neste caso há um sujeito agente que comete a ação criminosa e uma vítima contra quem o crime for cometido. O crime público é aquele praticado contra a humanidade, isto é, em que as vítimas são os concidadãos. Este ato põe em perigo o bem comum ou coletivo (gemeie Weser, ou a coisa pública), não apenas um indivíduo e, portanto, este é levado à corte criminal. O crime

É de se concluir, portanto, que a conduta delituosa, equiparada a imoralidade, entrega ao Direito a função de “[...] educar concretamente para a moralidade, ou melhor, busca a passagem da teoria do Direito à teoria da virtude” (Bitencourt, 2024, p. 114).

Não obstante, para Hegel, a pena tinha caráter retributivo, mas o crime não seria propriamente um mal, representando a negação da violação já existente na lei. Ao cabo, se concretizava como a não observância de um direito, que, então, gera o direito à pena, enfim, atribuído ao agente delituoso (Hegel, 1997, p. 89).

Em suma, a negação do direito gera o direito a pena, que por sua vez, é dada ao autor do crime. A pena seria, portanto, um direito existente da violação de um outro pré-existente em lei, se prestando ao restabelecimento da ordem.

Conforme lecionado por Bitencourt:

> A imposição da pena implica, pois, o restabelecimento da ordem jurídica quebrada. Aliás, na opinião de Hegel, “somente através da aplicação da pena trata-se o delinquente como um ser ‘racional’ e ‘livre’. Só assim ele será honrado dando-lhe não apenas algo justo em si, mas lhe dando o seu Direito: contrariamente ao inadmissível modo de proceder dos que defendem princípios preventivos, segundo os quais se ameaça o homem como quando se mostra um pau a um cachorro, e o homem, por sua honra e sua liberdade, não deve ser tratado como um cachorro” (2024, p. 116).

Ou, ainda, nos ensinamentos de Salo de Carvalho:

> O ideal retributivo pode legitimar, sobretudo em sociedades imersas na cultura punitivista, a aplicação de penas extremas e cruéis, se efetivado a partir de uma operação simplificadora de adequação ou de identificação entre a extensão do dano e a intensidade da pena (princípio taliônico) (2020, p. 81).

Enfim, dado o vínculo moral-religioso e a semelhança à vingança, as teorias absolutas da pena, como se observa, são incapazes de esclarecer a questão primária da coerção: por que punir? Com efeito, sua aplicação dá azo à aplicação de sistemas arbitrários que, no hodierno estado constitucional brasileiro, impede sua utilização.

---

público torna vítima qualquer cidadão e, a bem da verdade, se coloca contra todos os cidadãos, até mesmo contra o criminoso” (Santos, 2011, p. 107).

3.3.2 Teorias relativas da pena

Na contramão da teoria absoluta da pena, a relativa acredita que a pena se presta à prevenção do cometimento de novos delitos. Ou seja, se pune não em razão daquele que já foi cometido, mas para que o delito não ocorra novamente.

Raffaele Garofalo, expoente da criminologia positivista, já advertia que a teoria absoluta "[...] não pode resolver de um modo coerente com os próprios princípios o problema penal, porque não tem meio de descobrir a pena absolutamente justa ou proporcionada ao crime" (1908, p. 306).

Difundidas principalmente entre o período da escola clássica e da escola positiva, a finalidade preventiva da pena ramifica-se em dois expoentes: a prevenção geral e a prevenção especial, as quais, por sua vez e cada uma a seu modo, se subdividem em outras duas formas de materialização: positiva e negativa.

Sinteticamente, enquanto a prevenção geral se destina ao coletivo, ante a ideia de aderência da lei, a prevenção especial atua objetivamente em detrimento do autor do delito, formando, enfim, quatro grupos de teorias preventivas (Ferrajoli, 2001, p. 263).

No que tange à prevenção geral negativa, cujas ideias estão cronologicamente ligadas ao período iluminista, traz consigo a dicotomia entre a liberdade e o temor. Significa dizer que, porquanto os indivíduos temessem a lei penal, também a cumpririam (Bitencourt, 2024, p. 121).

Em crítica, aduziu Zaffaroni que, em última análise, a prevenção geral negativa somente se presta à elevação, pelo poder legislativo, dos mínimos e máximos das penas cominadas em abstrato e, concomitantemente, dado o temor à situação, o judiciário irracionaliza a pena final fixada, olvidando-se da proporcionalidade devida à pena (Zaffaroni; Slokar; Alagia, 2007, p. 41).

Advinda da teoria da coação psicológica de Feuerbach, a teoria relativa da pena pautava-se no fundamento de que esta era, em essência, um perigo ao ser, razão pela qual "[...] o homem racional e calculista encontra-se sob uma coação, que não atua fisicamente, como uma cadeia a que deveria prender-se para evitar com segurança o delito, mas psiquicamente, levando-o a pensar que não vale a pena praticar o delito que se castiga" (Bitencourt, 2024, p. 122).

Lado outro, a prevenção especial positiva visa suscitar o sentimento de segurança jurídica pautado na lei penal, acreditando, por consequência, no sentimento de confiança e moral recíproca estabelecidos entre os indivíduos submetidos à lei. Trata-se da ética dos valores hegeliana de viés comunitário social. [11]

Outrossim, a prevenção especial, vez que incide no próprio condenado, tem a pena como uma medida “re”, ou seja, a ressocialização, reeducação, reinserção, individualização e personalização (Zaffaroni; Slokar; Alagia, 2007, p. 126).

Influenciada pelo pensamento criminológico positivista e a forte convicção do perfil do “homem criminoso”, essa teoria determinava a prática do crime por meio da personalidade do agente, que, no entanto, “[...] conduzem a um modelo punitivo e de cunho terapêutico que incorpora tanto um modelo moral como um médico-policial na teoria e prática da pena” (Cacicedo, 2014, p. 31). [12]

No mesmo sentido:

> A prevenção especial não busca a intimidação do grupo social nem a retribuição do fato praticado, visando apenas aquele indivíduo que já delinquiu para fazer com que não volte a transgredir as normas jurídico-penais. Os partidários da prevenção especial preferem falar de medidas 99 e não de penas. A pena, segundo dizem, implica a liberdade ou a capacidade racional do indivíduo, partindo de um conceito geral de igualdade. Já medida supõe que o delinquente é um sujeito perigoso ou diferente do sujeito normal, por isso, deve ser tratado de acordo com a sua periculosidade. Como o castigo e a intimidação não têm sentido, o que se pretende, portanto, é corrigir, ressocializar ou inocuizar (Bitencourt, 2024, p. 131).

---

[11] Em citação à Conde Munoz, esclarece Bitencourt a esvazia tentativa da prevenção geral positiva, que somente alcança, sem fundamentar as razões, a continuidade da atuação do poder de punir: “[...] o caráter conflitivo da convivência social e o coativo das normas jurídicas — neste caso, as penas — desaparece em um entramado técnico, segundo o qual o desvio social ou o delito são qualificados como simples complexidade que deve ser reduzida. A solução do conflito realiza-se onde ele se manifesta, mas não onde se produz, deixando inalteradas suas causas produtoras. Em última análise, a teoria sistêmica conduz a uma espécie de neorretribucionismo, onde o Direito Penal justifica-se intrassistematicamente, legitimando e reproduzindo um sistema social que nunca é questionado” (2024, p. 122).

[12] Quanto a essa afirmação, todavia, cabível a acertada observação tecida por Cezar Roberto Bitencourt: “Cumpre esclarecer que essa finalidade hoje já não é vista sob a perspectiva terapêutica. O debate sobre a prevenção especial, destaca Feijoo Sánchez, na atualidade está muito mais preocupado em evitar os efeitos dessocializadores da pena privativa de liberdade (v.g., com o contato com criminosos perigosos, o estigma da pena, a perda de oportunidades de trabalho, isolamento social etc.), do que propriamente com a ressocialização a qualquer preço do delinquente encarcerado. Dito graficamente, “... os aspectos preventivo-especiais não são levados em consideração por um setor dominante da doutrina como legitimadores da pena, mas sim como delimitadores de sua execução com o fim de evitar os efeitos negativos da pena privativa de liberdade” (2024, p. 131).

No que concerne à prevenção especial negativa, essa perfaz a ideia de que a pena é uma consequência desfavorável, preocupando-se, portanto, com a regulação do convívio social e com a segurança (Rodriguez, 2010, p. 22).

Diferentemente, a prevenção especial positiva, essa sim – em tese, atenta à ressocialização, tem como fim a reinserção do sujeito no convívio social. Quanto a isso, pertinente ressaltar as críticas atuais a esse pressuposto, sobretudo em razão da baixa efetividade do caráter ressocializador da pena no Brasil.

Como ainda consolidou Miguel Reale Júnior, o próprio estigma social alimenta o caráter retributivo da pena, que, por conseguinte, obstaculiza a prevenção especial positiva:

> [...] A sociedade, por sua vez, reconhece a pena como um castigo e ela mesma acrescenta ao castigo imposto o julgamento moral negativo do condenado, discriminando-o e dificultando, de acordo com o crime, a vida do condenado em sociedade. A pena seria, para a sociedade, um castigo merecido. A exigência de punição, especialmente nos dias de hoje, de insegurança urbana e de dramatização da violência pelos meios de comunicação, forma, na sociedade, a noção clara da pena como castigo, como uma retribuição. [...] Além do mais, há o aspecto moral da imagem pública e da imagem de si mesmo como condenado, enquadrando-se na etiquetagem negativa produzida pelo meio social, reconhecido como “fora da lei” (2020, p. 31).

De todo modo, elucide-se que, assim como as retributivas, as teorias preventivas não parecem lograr êxito em relação aos objetos de pretendem, já que são insuficientes à demonstração da legitimidade de intimidação do Estado, não outorgando “[...] fundamento ao poder estatal de aplicar sanções jurídico-penais, nem pode estabelecer os limites necessários para as consequências que essa atividade traz consigo” (Bitencourt, 2024, p. 125).

Em complemento, sob a ótica da criminologia crítica, ratifique-se que a função preventiva da pena, pura e simples, representa “[...] o constante esforço de reinventar um projeto historicamente fracassado (“reformas isomórficas”)”, não levando em conta a necessidade da “[...] abdicação das teorias justificacionistas da pena, por serem insustentáveis no âmbito do empírico no que diz respeito à operacionalidade real do sistema penal” (Silva, 2019, p. 16-17).

3.3.3 Teorias Mistas ou Unitárias da pena

No esforço de lapidar a justificação da pena, a teoria unitária aglutina em um só prisma de justificação da pena a ideia de que ela é capaz de retribuir e prevenir, quer de forma geral, quer de forma especial e, ainda, em atenção às suas ramificações positiva e negativa:

Diz-se, então, que a pena tem por base o próprio crime, afastando, como esclareceu Bitencourt, "[...] um dos principais equívocos das teorias preventivas: a prioridade outorgada à justificação externa da pena — por que se pune — sem antes oferecer resposta à questão da sua justificação interna — quando se pune" (2024, p. 133).

Aludiu ainda o referido autor, que a prevenção geral negativa não esclarece os limites da punição, a qual só pode ser aplicada em desfavor daquele que efetivamente cometeu um delito. No mesmo sentido, prevenção geral positiva relaciona-se com valores sociais incapazes de legitimar a pena (Bitencourt, 2024, p. 134).

Noutro giro, quanto a prevenção especial positiva, já aclarou Alessandro Baratta, que o cárcere é absolutamente incapaz de ressocializar, tampouco robustece o processo de reintegração social, conforme nota-se abaixo, e, dada a relevância do trecho, pertinente colacionar *Ipsis Litteris*:

> O reconhecimento do fracasso da prisão como instituição de prevenção especial positiva conduz, no segundo caso, à afirmação voluntária de uma norma contrafatora, a qual, não obstante, deve ser considerada como lugar e caminho de ressocialização. Na realidade, o reconhecimento do aspecto contrafator da idéia de ressocialização surge, às vezes, na mesma argumentação daqueles que sustentam a nova "ideologia de tratamento" (s/d, p. 3).

Sob uma perspectiva mais minuciada, Claus Roxin propõe a abstenção do caráter retributivo da pena, compondo aquilo que denominou como sendo uma Teoria Unificadora Dialética da Pena, que, grosso modo, limita o caráter preventivo da pena, mas os define como fins da pena. Assim, aduz que o "[...] fato de que o castigo radica numa reprovação social não se deduz que a pena seja essencialmente retribuição, nem tampouco unicamente a produção de um mal, pois dá desaprovação de uma conduta pode-se derivar igualmente a consequência de que dita desaprovação tende a evitar sua repetição no sentido da influência ressocializadora" (Bitencourt 2024, p. 135).

3.3.4 Teoria Negativa ou Agnóstica da Pena

Como outrora delimitado, o exercício do poder de punir é, por essência, coercitivo. Na verdade, o ambiente prisional e, aquilo que denominou Bitencourt como sendo uma “escala de valores do sistema social do recluso”, é manifestamente antagônico à ideia de ressocialização, de modo tal que as prisões são, inevitavelmente, mais propícias ao incentivo da reiteração das condutas desviantes do que o contrário (2024, p. 160).

Nesse sentido, naquilo que concerne às modificações ocorridas nas teorias da pena, há que se consignar os estudos entabulados desde o século XIX do que se intitulou como uma Teoria Negativa ou Agnóstica da Pena, que visava traçar novas premissas de legitimidade da punição.

Sobre isso, Tobias Barreto, um dos precursores da teoria, já esclareceu que “primitivamente pena e sacrifício humano foram uma mesma coisa”, o que, por sua vez, fundamentou o direito de punir também ancorado no ímpeto sacrificial. Desta sorte, afirmou que o sentimento de vingança e a expiação constituem, por excelência, pilares angulares da pena enquanto resposta ao crime (1881, p. 15-16).

Por isso é que, então, conclui que as teorias da pena clássicas (quer seja retributiva, quer seja preventivas), tinham em seu pilar angular a pretensão de justificar, na nova racionalidade moderna, a velha barbárie. Logo, a justificação da pena, ao contrário do que se sustenta na Ciência Penal, transcende o bojo da tratativa jurídica, mostrando-se enquanto medida política (Silva, 2019, p. 20).

Em seus estudos, portanto, Barreto propunha “[...] uma releitura da pena não como fato jurídico de restabelecimento do direito violado, mas como ato político beligerante, pois tal como a guerra seria um ilícito o qual não se pode evitar, senão apenas minorar”. Ou seja, em que pese seja inevitável, a pena deve levar em conta a possibilidade de seu abrandamento (Silva, 2019, p. 19).

Daí, então, a base angular de sua nomeação como sendo negativa ou agnóstica: ao passo que por meio da pena não se pode extrair funções positivas, questiona-se, também, a função essencialmente a ela atribuída, especialmente naquilo que concerne o dever/poder punitivo:

> É um conceito obtido por exclusão, uma vez que a pena figura como um exercício de poder que não dispõe de função reparadora ou

> restitutiva, e tampouco como coação administrativa direta (esta sim, que detém lesões em curso ou perigos iminentes, a partir do modelo de legítima defesa ou estado de necessidade). “O conceito é negativo porque (a) não atribui nenhuma função positiva à pena e (b) se obtém por exclusão; e é agnóstico em relação à sua função, porque parte de seu desconhecimento” (Ferraz, 2018, p. 11).

Zaffaroni, em aprofundamento, reforça que a função da pena deve ser tida enquanto desconhecida na medida em que se redunda em um exercício de poder, sobretudo porque admite reiteradamente a neutralização que, contudo, “[...] não repara, nem restitui, nem tampouco detém as lesões em curso [...]’ (2011, p. 99).

No mesmo sentido, também esclareceram Pereira e Miranda:

> O que se procura é abarcar no direito penal os casos de exercício do poder punitivo ocorridos às margens da lei ou realizados com abuso, não excluindo do conceito de pena as torturas, as ameaças, as vitimizações por parte do poder penal subterrâneo como os sequestros e justiçamentos policiais, os agravamentos ilícitos de penas lícitas como penas disciplinares prisionais, maus-tratos, riscos de contágio, lesões, violências sexuais etc (Pereira; Miranda, 2018, p. 7).

Portanto, na esteira teórica em discussão também compõe o significado da pena os males que esta produz, não podendo estes serem afastados de sua concepção basilar, sobretudo porque resultam em privações de direitos que, como dito, não são capazes de gerar reparação da lesão provocada pelos delitos (Pereira; Miranda, 2018, p. 7).

Grosso modo, parte-se da ideia de que a simples imposição pelo Estado não é suficiente para legitimar a função penal, notadamente porque também importa ao poder estatal o controle social, inclusive, o relacionado a condutas ilícitas:

> Ingenuidade seria crer na presunção de regularidade dos atos estatais, que o poder punitivo se manifesta tão apenas na esfera da legalidade e que a pior consequência do exercício do poder punitivo pelas agências estatais reside na repressão. O poder repressivo de processamento, condenação e execução da pena é eventual frente ao exercício do controle social de condutas públicas e privadas pelas agências de punitividade pelo poder disciplinar (configuração positiva) (Silva, 2019, p. 20).

Outrossim, a dimensão do caráter agnóstico da pena, especificamente no contexto brasileiro, surge também ante a ausência de determinação constitucional da sua função. Como alude Salo de Carvalho, muito embora a Lei de Execuções penais tenha elencado a noção de ressocialização, se limita a

preconizar suas formas e limites punitivos, não respondendo, portanto, a maior das questões: “por que” punir? (2024, p. 211).

Noutras palavras, significa dizer que a própria Constituição Federal assume a dimensão agnóstica da pena, entendendo a necessidade e limitá-la, sem, contudo, esclarecer sua legitimidade:

> A cadeia principiológica definida pela Constituição, ao optar pela exclusiva fixação de limites à forma (meios), supera as finalidades históricas das penas, concebendo política criminal ciente dos danos causados. Outrossim, reconhece a tendência natural do poder punitivo em extravasar os limites da legalidade, preocupando-se, essencialmente, em reduzir ao máximo as hipóteses de transbordamento punitivo. Não por outro motivo se pode verificar na Constituição perspectiva agnóstica (Carvalho, 2024, p. 212).

Ao cabo, a concepção agnóstica da pena mantém como uma de suas premissas medulares a ideia de que a legalidade, como princípio regulamentador constitucional, não é suficiente para, formalmente, legitimar a pena. Significa dizer, noutros termos, que acaso essa se fundamente em parâmetros que afastam as demais garantias, resta invariavelmente tirânica e, por consequência, ilegítima.

3.4 A execução penal sob a égide garantidora de direitos: uma retomada a partir da concepção negativa da pena

No Brasil, como se depreende da literalidade do artigo 59 do Código Penal, adotou-se a Teoria Unificadora Clássica, segundo a qual, como esclarecido, a pena tem função retributiva e preventiva. Confirmando a miscelânea empregada, vê-se da Lei de Execução Penal, logo em seu 1º artigo, que a pena visaria a integração social do apenado e, ou seja, cumpriria especialmente uma função especial positiva. [13]

[13] Conforme os artigos mencionados:
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.
Art. 1º da LEP: Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

Inobstante ao posicionamento dogmático penal, por ora, vincula-se a presente pesquisa à percepção de que as justificativas utilizadas à pena se prestam tão somente a “[...] procurar prender às leis da racionalidade moderna uma velha coisa bárbara e absurda, posto que necessária, qual é a pena, sem que daí resulte a mínima alteração da natureza do fato” (Barreto, 2000, p. 179).

Na realidade, o princípio da legalidade, antes de proteger arbítrios, impregna no discurso jurídico-penal um falacioso viés racional quase inquestionável, exercendo seu poder diretamente à margem da legalidade, se demonstrando, por fim, como “[...] controle punitivo seletivo-militarizador-verticalizador-vigilante-disciplinar, devendo ser mapeado até sua ramificação subterrânea de violência” (Silva, 2020, p. 20).

Quanto as formas de exercício da pena, explicou Zaffaroni que as Leis Penais se ramificam em leis manifestas, expressadas nas legislações escritas, leis latentes, cujo caráter é assistencial/pedagógico e leis eventuais, capazes de determinar disciplinas médicas/psiquiátricas (Zaffaroni; Slokar; Alagia, 2007, p. 103-107).

Em todo caso, representam ações de fazer por excelência, razão pela qual aventa-se como prioritário o esforço teórico de alocar a pena em uma concepção que expresse, em contraste, sua própria negação. É o que pretendeu, a propósito, a teoria Agnóstica ou Negativa da pena, que ora se pretende alinhar com a melhor perspectiva garantista na busca da proteção aos direitos humanos como fator intrínseco da existência.

De antemão, rememore-se que a natureza jurídica da execução penal, para a doutrina, pode aparentar-se difusa, eis que, a alguns, trata-se de fase administrativa na qual o sentenciado suporta a execução, seus ônus e bônus. A outros, porém, representa um sistema jurisdicional, onde o reeducando é parte de uma relação que envolve o Estado, razão pela qual é dotado, também, de direitos e deveres (Carvalho, 2003, p. 166).

Para além, a execução penal também guarda finalidade com o próprio direito material penal, sendo forma de materializar a pena por ele imposta e instrumentalizada por meio do procedimento penal. Em sentido amplo, pode-se afirmar que a execução penal é direito material no que tange a legitimidade de punir por meio das condutas tipificadas em lei; direito processual no que toca ao exercício cronológico da execução após a condenação e findado o prazo

processual e; não menos importante, é administrativa quanto aos seus incidentes (Mirabete, 2004, p. 21).

Adiante-se, nesse momento, que as críticas à maneira com a qual se percebe a mais adequada interpretação da execução penal, serão feitas a seu tempo e modo, sendo conveniente aclarar, inobstante a isso, que a exposição de motivos da Lei de Execução Penal assegura o seu caráter autônomo, formando-a, pois, como ente atrelado, ora às necessidades administrativas, ora às práticas jurisdicionais.

Note-se:

> [...] 10. Vencida a crença histórica de que o direito regulador da execução é de índole predominantemente administrativa, deve-se reconhecer, em nome de sua própria autonomia, a impossibilidade de sua inteira submissão aos domínios do Direito Penal e do Direito Processual Penal.
> [...] 12. O Projeto reconhece o caráter material de muitas de suas normas. Não sendo, porém, regulamento penitenciário ou estatuto do presidiário, avoca todo o complexo de princípios e regras que delimitam e jurisdicionalizam a execução das medidas de reação criminal. A execução das penas e das medidas de segurança deixa de ser um Livro do Código de Processo para ingressar nos costumes jurídicos do País com a autonomia inerente à dignidade de um novo ramo jurídico: o Direito de Execução Penal (Brasil, 1983).

De todo modo, a abordagem da execução também diz respeito ao resultado que dela se espera. Desta sorte, ainda que guarnecida de caráter garantista, se presta a efetivar a essência primeira da pena, ou seja, tem como noção axiomática a neutralização, cuja dor é a conclusão por excelência.

Como ainda aludiu Miguel Reale Júnior:

> [...] a pena sempre é um mal: Se imposta a pena, a restrição a que fica sujeito o condenado será sempre vivenciado como um castigo, mesmo quando ocorra a suspensão da execução da pena privativa de liberdade. [...] E pouco importa se o condenado é efetivamente culpado ou inocente. Se culpado, é meramente imaginativo que necessite da pena para acalmar seus sentimentos de culpa, sendo a pena não um mal, mas um instrumento de purgação do ato praticado. Pode ocorrer que reconheça na pena a infringência de um mal justo, mas sempre um mal. Se inocente, à sensação do castigo soma-se a revolta da injustiça (Reale Jr, 2020, p. 31).

Em lógica consequente, se a pena é, por natureza, um mal, seu aumento conduz a relativização arbitrária da liberdade como direito fundamental. Não por acaso, quando da promulgação da Constituição da República, tratou de elencar o constituinte a sua relevância, como forma de convalidar as garantias e pactos internacionais relacionados aos Direitos Humanos:

> Trata-se, afinal, de um compromisso constitucional das tais agências, firmado em defesa da substancialidade dos direitos fundamentais do acusado. A intensificação do encarceramento opõe-se à liberdade, justiça e solidariedade sociais, contribui para a marginalização social, obsta a redução das desigualdades sociais e deixa de promover o bem de todos, ao olvidar o bem dos acusados. Diante dessas constatações, chega-se à conclusão de que a redução da magnitude aflitiva do indivíduo condenado foi, em suma, o sentido político-criminal traçado pelo constituinte originário (Roig, 2015, p. 20).

Para melhor compreensão dos contextos, antes de adentrar aos fatores sociais, políticos e econômicos que influenciam os fenômenos da desigualdade e retroalimentam aquilo que Zaffaroni denominou como sendo a “realidade marginal do Sul”, far-se-á a seguinte diferenciação: de um lado, o que seria uma visão garantista clássica aplicada à execução penal e, de outro, o garantismo por meio do sustentáculo que aqui se intenta minuciar: a concepção agnóstica da pena.

O garantismo penal, conhecida e importante teoria da Ciência Penal, foi alinhada principalmente ao jurista italiano Luigi Ferrajoli e pode ser definido, em linhas gerais, como sendo a consolidação dos axiomas capazes de traçar os limites da relação entre o Direito Penal e o poder de punir do Estado.

Simultaneamente, o garantismo se presta a proteger os bens jurídicos mais relevantes do Estado de Direito, a fim de que tanto a sociedade, como o autor do delito, sejam mantidos em conformidade com os contratos sociais vigentes.

Em outros termos:

> Neste sentido, a pena tem a função de impedir delitos injustos e castigos injustos. O Direito Penal nasce, então, como negação da vingança virtualmente levada a efeito de pessoa a pessoa, como descontinuidade e em conflito com ela. A pena substitui historicamente a vingança, não com a finalidade de satisfazer melhor o direito de vingança, mas como modo de se prevenir reações de caráter vingativo. Surge o Direito Penal no momento em que a relação bilateral ofendido/ofensor é substituída por uma relação tríade, em que a autoridade judicial se situa na posição de um termo médio imparcial (Bicudo, 2015, p. 17).

Sob a ótica do referido jurista, o garantismo possuí três enfoques de compreensão, sendo a) um modelo normativo típico do Estado de Direito e pautado na estrita legalidade, funcionando, pois, como aparato à potencialização da liberdade na medida em que limita o *jus puniendi*; b) a diferenciação jurídica permanente entre o ser e o dever ser, afastando, portanto, a validade e a

efetividade; e c) uma filosofia política que torna imprescindível a justificação da pena por aquele que detém o poder de sua imposição, de sorte que seus fundamentos se mantenham a quem dos valores morais circunscritos sobre a questão concreta (Ferrajoli, 2002, p. 786-787).

Grosso modo, para Ferrajoli, a preocupação teórica precípua se sustenta sob a necessidade de limitar a punição, aceitando que sua existência é imprescindível ao Estado de Direito, ou, em outras palavras:

> Luigi Ferrajoli, ao formular sua Teoria do Direito Penal Garantista, define a ideia de que cabe ao Direito Penal, por meio da pena, tanto prevenir delitos, que se identificam como ofensas a bens jurídicos protegidos, quanto prevenir uma reação selvagem, espontânea e arbitrária contra a pessoa que cometeu o delito, ou mesmo contra aquelas ligadas a quem cometeu o delito (Bicudo, 2015, p. 17).

Ou seja, incumbe ao Direito Penal, a prevenção geral dos delitos e das penas arbitrárias, “[...] funções que legitimam conjuntamente a necessidade política do Direito Penal como tutela dos direitos fundamentais", de maneira que a “[...] punição impõe às proibições e às penas duas finalidades distintas e concorrentes, respectivamente, o máximo de bem-estar dos não desviados e o mínimo de mal-estar dos desviados” (Bicudo, 2015, p. 17).

Eis, nesse ponto, uma importante reflexão: se o garantismo define as limitações do direito de punir do Direito Penal, o que legitima os parâmetros da própria punição? É dizer que, acaso o próprio objeto fundante da teoria – nesse caso, o direito penal – procede de máculas que interferem na legalidade de sua atuação, como poderia, ainda que de forma fundamentada, recair sobre um objeto maculado a aplicação da limitação do poder do Estado?

Para Zaffaroni, o conceito de garantismo somente se constrói por meio de um estudo crítico criminológico, tendo como fundamento o direito penal mínimo, razão pela qual não assume que a legalidade é meio eficaz para garantir a legitimidade da aplicação da Lei Penal, sobretudo porque, da forma como construída durante os séculos, a pena é essencialmente ilegítima (2002, p. 16).

Neste interregno, teria o sistema penal se estabelecido por meio de uma falsa noção de racionalidade que, valendo-se do discurso-jurídico penal (ou, em outras palavras, daquilo que se denomina como sendo a Ciência Penal), acredita ser capaz de traçar linhas legítimas de aplicação.

Ocorre, entretanto, que a expressão racionalidade deve ser compreendida não só como a ausência de contradição lógica, mas também em zelo a adequada construção antropológica, ou, nos termos utilizados por Zaffaroni, da “ontologia regional do homem” (2002, p. 17).

O referido pilar angular modifica a concepção de indivíduo, submetendo a Ciência Penal a necessidade de legitimar seu discurso, tendo em vista, também, a dimensão humana – ou ôntica do ser (Zaffaroni, 2020, p. 49).

Noutros termos, os direitos humanos e, por consequência, as garantias constitucionais de um Estado de Direito, devem, ao menos em tese, estabelecer o fio condutor entre o discurso penal e a sua legitimidade, pressupondo uma noção ontológica de existir, ou, de outro modo, uma “antropologia jurídica jus-humanista” (Zaffaroni, 2002, p. 19).

Nesse sentido, elucida o jurista quanto a relevância dos critérios antropológicos:

> A fundamentação antropológica permite estabelecer um nível de crítica à coerência interna do discurso jurídico-penal; o outro nível, obviamente, refere-se à não contradição de seus enunciados entre si. Fica clara a negação da coerência interna do discurso jurídico-penal quando se esgrime argumentos tais como: “assim diz a lei”, “a faz porque o legislador o quer”, etc. Essas expressões são frequentemente usadas em nossa região e implicam a confissão aberta do fracasso de qualquer tentativa de construção racional e, por conseguinte, legitimadora do exercício de poder do sistema penal (Zaffaroni, 2002, p. 17).

Por essas razões é que a dimensão do dever, como proposta, deve estar necessariamente alinhada ao ser, para que assim se alcance o mínimo de racionalidade pretendida, assumida como sendo o alcance da legitimidade da atuação do poder de punir.

Sob esse viés, a racionalidade se apoiaria em dois sustentáculos: na dimensão abstrata, responsável por gerar adequabilidade entre o meio da punição e o fim a que se pretende reprimir e sob a ótica concreta, que diz respeito a correlação entre aquilo que se estipula legalmente e a forma de atuação das próprias agências judiciais. Trata-se da “adequação operativa mínima conforme planificação” (Zaffaroni, 2002, p. 19).

Sob o lastro desses conceitos, o garantismo penal não acreditaria cegamente na estrutura lógica do Princípio da Legalidade, de modo tal que a

legitimidade não é decorrência da simples legalidade e o posto ou legal, não é o mesmo que racional, lógico ou verdadeiro.

Assim, nas regiões marginais, a legalidade formal torna-se meio para disseminar a irracionalidade (falsidade) da pretensão dogmática. Na realidade, a legalidade entabulada pelo sistema penal se abstém de formular seus próprios limites de coerção, resvalando arbitrariedades temerárias à efetividade dos Direitos Humanos.[14]

Quanto a isso, note-se a seguinte explicação de Zaffaroni:

> O discurso jurídico-penal exclui de seus requisitos de legalidade o exercício de poder de sequestrou estigmatização que, sob pretexto de identificação, controle migratório, contravenções etc., fica a cargo de órgãos executivos, sem intervenção efetiva dos órgãos judiciais. A lei permite, deste modo, enormes esferas de exercício arbitrário do poder de sequestro, de estigmatização, de inspeção, controle, buscas irregulares etc., que se exercem cotidiana e amplamente, à margem de qualquer legalidade punitiva contemplada no discurso jurídico-penal. O saber penal só se ocupa da legalidade das matérias que o órgão legislativo quer deixar dentro de seu âmbito e, enfim, de reduzidíssima parte da realidade que, por estar dentro desse âmbito já delimitado, os órgãos executores decidem submeter-lhe (2002, p. 22).

Dessa forma, o garantismo, como tradicionalmente disseminado, se atém a um critério de legalidade que parte da imposição necessária da Lei Penal, bem como de sua eficácia formal quando seguida por regras normativas, consolidando uma visão predominantemente dogmática da interpretação do sistema penal.

Noutro giro, se levada em conta uma perspectiva criminológica, a legalidade se torna um critério necessariamente atrelado a ideia de adequação social (abstrata e concreta) do discurso jurídico-penal, que permanece vazio caso a Ciência Penal se despreocupe da dimensão antropológica da interpretação (Zaffaroni, 2002, p 30).

De mais a mais, há que se destacar que o exercício do garantismo por meio do direito penal mínimo pressupõe etapas de exclusão do Direito Penal do meio social, que, em todo caso, exige uma modificação do modelo da sociedade.

---

[14] Como região marginal, pertinente que se compreenda que, a nível global, a punição divide-se em hemisfério norte e hemisfério sul, alinhando-se a fatores como as heranças da colonização do hemisfério norte e a marginalização do delinquente. É, pois, uma maneira de compreender a ilegitimidade do Sistema Penal em razão de sua aplicação distinta entre os países subdesenvolvidos e os desenvolvidos, de sorte que a prevenção especial em nada se alinha a diminuição dos cometimentos dos delitos, mas antes se desenvolve sob o anseio de marginalizar e coibir subjetivamente o ser punido, criando um Direito Penal inumano (Zaffaroni, 2015, p. 31).

Neste ponto, aliás, reside um outro importante dissenso entre as formas de interpretação do garantismo penal – se dogmático ou criminológico: a relevância e a capacidade de reformulação do poder de punir do Estado.

Para Ferrajoli, o Abolicionismo Penal expõe a sociedade ao risco de medidas ainda piores que o próprio Sistema Penal, entendendo o direito penal mínimo como uma vertente progressista ideologicamente utópica, já que acredita na construção de uma sociedade boa.

Não por acaso, afirmou o próprio autor, quanto a definição de abolicionismo penal:

> Considero abolicionistas sólo aquellas doctrinas axiológicas que impugnan como ilegítimo el derecho penal, bien porque no admiten moralmente ningún posible fin como justificador de los sufrimientos (sic) que ocasiona, bien porque consideran ventajosa la abolición de la forma jurídico-penal de la sanción punitiva y su sustitución por medios pedagógicos os instrumentos de control de tipo informal e inmediatamente social" (Ferrajoli, 2001, p. 248).

Para Ferrajoli, portanto, o Direito Penal, desde que mínimo, se legitima "[...] pela necessidade de proteger, a um só tempo, as garantias dos desviantes e não desviantes (Andrade, 2006, p. 176).

Destarte, o abolicionismo seria, em síntese, uma primitiva concepção radical pautada na ilusória solidariedade e fraternidade, ou, de outro jeito, funda-se em:

> [...] "Improváveis projetos de microcosmos sociais baseados na solidariedade e na fraternidade"; [...] "vagos objetivos de 'reapropriação social' dos conflitos" por ofendidos e ofensores e "métodos primitivos de composição patrimonial das ofensas que recordam as antigas formas de vingança de sangue" (Badaró, 2018, p. 715).

Zaffaroni, diferentemente, argumenta que as convicções de Ferrajoli deixam de observar as premissas do direito penal mínimo como forma de alcance ao abolicionismo:

> As críticas de Ferrajoli ao abolicionismo parece centralizar-se em certas simplificações que realiza, tais como as pretensões de suprimir o sistema penal, deixando todos os conflitos sem solução e sem a cobertura ideológica de uma solução aparente que vigora hoje no sistema penal; ou, ainda, de suprimir o direito penal – como discurso jurídico -, deixando intacto todo o exercício de poder dos órgãos do sistema penal.
> Por outro lado, os defensores do direito penal mínimo também propõem um novo modelo de sociedade: se é inquestionável que o sistema penal não objetiva apenas a repressão, como também – e principalmente – o exercício de um poder positivo configurador (como

> demonstra Foucault), a contração do sistema penal implicaria uma mudança profunda na rede do poder social, que traria consigo um modelo diferente de sociedade (2002, p. 105).

Nota-se, à vista dos argumentos ora examinados, que a visão garantista tradicionalmente dogmática parte do pressuposto unitário da pena. Ou seja, crê que a coerção atinge, ao mesmo tempo, a prevenção geral e a prevenção especial, além de retribuir o mal causado em respeito aos direitos daquele que suporta a sanção.

Em sentido oposto, as correntes criminológicas críticas põem à prova o próprio sentido do discurso legalista penal, indagando se, de fato, a pena atinge o fim que se propõe. O referido dissenso, sob a ótica criminológica, consolidou, mais tarde, a mencionada teoria negativa ou agnóstica da pena.

A partir do garantismo outrora relatado, o Direito Penal, que tem como consequência a pena, tem orientação retributiva no que tange à punição e preventiva quando se trata de impedir o cometimento de novos crimes, perspectiva que, todavia, vislumbra-se insuficiente à correta garantia dos direitos humanos, em especial, a liberdade e a dignidade.

De outro lado, é verosímil arrazoar que a Teoria Garantista surge como avanço no sistema de garantias penais, razão pela qual não deve ser ignorada, o que, entretanto, não invalida a necessidade de que suas formas de aplicação sejam adequadas a outra forma de perceber a legitimidade da pena.

Como esclareceu Salo de Carvalho, a clássica dicotomia entre os modelos retributivos e preventivos é, em muitos momentos, tida como a única maneira eficaz para responder a maior das questões do sistema penal: a razão da punição (2008, p. 125).

Os próprios critérios de aplicação da pena são flagrantemente subjetivos, pautados em uma breve necessidade de explicação, justificada, por conseguinte, em mais um axioma: o livre convencimento. É dizer de outro modo que, similarmente ao que realizou a Teoria Kelseniana ao estipular a norma fundamental, sempre que se atinge, no Direito Penal, um grau de questionamento cuja resposta não é capaz de alcançar a cientificidade pretendida, apela-se à criação de mais um instituto principiológico.

Os princípios, por sua vez, entram como base final à escolha da conduta penal, usados como “cartas magnas” da punição, agindo como exato oposto do que buscavam, se valendo da ideia do igual, para formar o diferente:

> O sistema penal é oferecido como igualitário, “quando na verdade seu funcionamento é seletivo, atingindo apenas determinadas pessoas, integrantes de determinados grupos sociais, a pretexto de suas condutas”. Assim a pena privativa de liberdade. O sistema penal é pretensamente tido como justo, “quando de fato seu desempenho é repressivo, seja pela frustração de suas linhas preventivas, seja pela incapacidade de regular as respostas penais, legais ou ilegais” (Roig, 2015, p. 261-262).

Por isso, o sistema penal é um fato de poder, que tem como manifestação política a pena, reiteradamente convalidando discursos emergenciais que rechaçam a fixação de penas mínimas, pautado, sobretudo, em conceitos sobre a pessoa que cometeu o delito e, por óbvio, se esvaziando dos preceitos constitucionais penais (Roig, 2015, p. 262).

Em minucia à referida afirmação, esclareceu Roig: “[...] parte do desafio crítico inicia-se com a compreensão de que a pena privativa de liberdade é monopólio estatal e se apresenta como reflexo da opção política adotada pelo Estado. Consequentemente, os fins pretendidos por determinado Estado de Direito se atrelam à própria forma pela qual este encara a pena" (2015, p. 20).

Se as penas são manifestações políticas, as sentenças seriam, sob a mesma ótica, atos de política-criminal, que, nesse caso, quanto silentes à criminologia crítica, continuam a se prestar à manutenção da margem social – um verdadeiro estamento burocrático, que deságua na resiliência das hierarquias desiguais (Roig, 2015, p. 56).

Por isso é que, para que se compreenda a razão e a legitimidade da pena, torna-se imprescindível a negação da sua própria teoria. Eis, como dito, a gênese da Teoria Agnóstica da pena: negar, a partir do reconhecimento do ser, a legitimidade clássica da pena.

A referida postura seria, pois, o meio ao alcance da redução dos danos causados pela pena, que, reitere-se, é manifestação de poder de viés político. (Carvalho, 2008, p. 120).

Expoente da dita teoria, elucida Zaffaroni a relevância da negativa das teorias já instituídas, notadamente porque a junção de falsas proposições não poderia formar uma afirmação verdadeira:

> Advertir que hoy casi nadie sostiene cualquiera de estas teorías en forma pura y para obviar su falsedad, se pretende combinarlas, en la creencia más absurda todavía de que una suma de varias proposiciones falsas produce una verdadera. (ZaffaronI; Slokar; Alagia, 2007, p.39).

De mais a mais, consolide-se que as teorias clássicas da pena não se preocupam em analisar o controle social fundado na marginalização de uns em detrimento de outros, de modo a idealizar a forma em desfavor do objeto, este, anteriormente determinado.

Ou, de outra forma, nos ensinamentos de Baratta, trata-se de ignorar a base socialmente construída do controle, reproduzindo ideologicamente um sistema punitivo:

> Isto se verifica quando os juristas buscam definir quais são os conflitos ou problemas passíveis de serem enfrentados com o instrumental do sistema da justiça criminal, antes de definir os instrumentos (existentes nos diversos arsenais institucionais ou que ainda devem ser inventados) que são aptos a enfrentar determinados problemas ou conflitos. O resultado é a reprodução ideológica e material do sistema punitivo e da distinção tradicional entre situações "relevantes" e "irrelevantes" para tal sistema. Neste último caso estaríamos diante de um outro tipo de raciocínio circular típico dos "saberes" sociais separados: deduz-se a denominada "fragmentação" do sistema penal da relevância de certas matérias e não de outras enquanto a relevância de certas matérias se dá em razão de serem estas, e não outras, o objeto da intervenção deste sistema (Baratta, 2010, p. 498).

Nesse ponto, é importante conceber, ao menos em uma concepção negativa da pena, que o sistema penal é, em si, um controle social punitivo de caráter institucionalizado, no qual são incluídas “[...] ações controladoras e repressoras que aparentemente nada têm a ver com o sistema penal” (Pierangeli; Zaffaroni, 2002, p. 70).

Conectando os demais contextos teóricos trabalhados neste capítulo, se a pena é uma invenção moderna geminada da necessidade de utilidade econômica, se presta a sujeição, circunstância que evidência a ausência real da tão idolatrada “racionalidade penal moderna” e demonstra o principal óbice à eficácia da pena: “não sairemos da estagnação enquanto não percebermos que o problema central da pena não é a sua finalidade, mas o respeito à humanidade” (Roig, 2021, p. 23).

Como ainda aduz Salo de Carvalho, as consequências da criminologia positiva-biológica, trouxeram máculas irreversíveis na justificação da pena,

solidificando no sistema penal as seletividades e que serão, mais a frente, demonstradas na realidade da execução brasileira (2020, p. 95).

Sumariamente, a busca por uma teleologia redutora na aplicação da pena diz respeito ao próprio respeito à Constituição vigente que, ao extirpar as penas cruéis e elencar como princípio geral a humanidade, deixou explícita sua intenção: a aplicabilidade real dos direitos humanos como inerentes ao próprio ser, não se preocupando em justificar a pena, mas antes, dirimindo a dor daquele que a suporta (Carvalho, 2008, p. 136).

Em linhas gerais, a intenção da teoria agnóstica da pena pode ser assim expressada:

> A nova proposta discursiva, partindo de uma concepção negativa da pena, encontra seu conteúdo político na opção republicana e democrática da aplicação da pena como contrapoder punitivo, seu conteúdo jurídico nos princípios de índole constitucional (sobretudo o da humanidade) e seu conteúdo ético no próprio escopo de redução da violência provocada pela ação do sistema penal. A sua consolidação demanda, assim, a postura de se atribuir profundo vigor aos princípios e fundamentos constitucionais, de modo que possam ser empregados de forma concreta e eficaz para a tutela dos direitos fundamentais, traçando limites racionais à ação do poder punitivo (Roig, 2015, p. 25).

O crivo dogmático constitucional seletivo em relação ao agente deve, pois, "[...] romper com o discurso jurídico tradicional, que busca sua legitimação através da dotação de funções à pena e da aceitação dos limites impostos pelas agências não judiciais do sistema penal. Grosso modo, trata-se de, dogmaticamente, construir desconstruindo" (Roig, 2015, p. 20).

A análise conceitual da Teoria Agnóstica pode ainda ser concluída em atenção a seguinte constatação de Zaffaroni: "se o sistema penal é um fato de poder, a pena não pode pretender nenhuma racionalidade, ou seja, não pode ser explicada a não ser como manifestação do poder" (2007, p. 202 – grifo nosso).

Especialmente no contexto da execução brasileira e como maneira de examinar os pontos abordados pela teoria ora adotada, siga-se ao exame real na sociedade brasileira, cujo objeto será a extinção das Saídas Temporárias e o exame das narrativas utilizadas para tal, o que, após, consubstanciará a reflexão crítica das mazelas sociais que moldam – e constroem, a atuação do sistema penal executório.

4 SAÍDAS TEMPORÁRIAS: NARRATIVAS EMERGENCIAIS E A LIMITAÇÃO DE BENEFÍCIOS

A sociedade experimenta já há algumas décadas aquilo que se pode denominar como sendo um movimento expansionista (neocriminalização). Noutras palavras, é dizer que os novos interesses, vinculados ao indiscriminado crescimento econômico, culminou na pretensão da proteção de bens jurídicos supraindividuais (Torres, 2020, p. 192).

Gera, pois, a ânsia por maior atuação estatal que se revela na expansão do direito penal, baseado, sobretudo, na percepção de uma sociedade de risco, que, a seu turno, entrega ao Direito Penal a suposta função de proteção, alargando-o, ainda que sob baixos parâmetros de avaliação. A questão aqui não é retratada apenas pela criação de novos tipos penais, mas também se revela na rigidez das penas, na restrição de benefícios e, em certos casos, em sua extinção.

Ulrich Beck, ao cunhar a teoria das sociedades de risco tratou de elucidar que esta diz respeito a acumulação de riscos própria da sociedade contemporânea, a qual se preocupa, concomitantemente, com ameaças econômicas, ecológicas, terroristas etc (2011, p. 361).

Como resposta a isso, são possíveis três reações: “negação, apatia e transformação”. A primeira se rende a negação dos riscos, a segunda os ignora e a terceira, por fim, reivindica a antecipação dos possíveis riscos, sempre, contudo, lastreados pela incerteza (Beck, 2011, p. 361).

Como ainda explicou:

> No centro das sociedades de risco estão as "incertezas fabricadas". Elas se distinguem pelo fato de dependerem de decisões humanas, de serem criadas pela própria sociedade, de serem imanentes à sociedade e, portanto, não externalizadas, impostas coletivamente e, portanto, inevitáveis individualmente. A percepção dessas incertezas rompe com o passado, com os riscos vividos e com as rotinas institucionalizadas; elas são incalculáveis, incontroláveis e, em última análise, não mais (privadamente) asseguradas (Beck, 2011, p. 263).

Na medida em que a transformação é tida como algo inatingível pela via privada, sucumbe o Poder Estatal a necessidade de apresentar respostas ao medo coletivo contemporâneo, o que o faz, no caso das condutas censuráveis, pela via do Direito Penal.

Inobstante, em conjunto a expansão do Direito Penal, surge a necessidade de que a mencionada resposta social seja dada de forma rápida, objetiva e capaz de amenizar os impactos do risco frequentemente disseminado midiaticamente:

> Além da postura expansionista, há um movimento político que se fixa especialmente na ideologia da repressão simbólica para acalmar os ânimos exaltados da sociedade. A influência dos meios de comunicação e da própria sociedade alarmada pelo delito nas decisões político-criminais acabam por flexibilizar garantias, com tendência à construção do direito penal simbólico (Torres, 2020, p. 199).

Vê-se, nesta esteira, que os movimentos emergenciais expansionistas acabam por se agasalhar nas simbologias das leis emergenciais, buscando amenizar a circunstância que tenha gerado clamor social:

> O direito penal simbólico, muitas vezes, é elaborado como uma norma emergencial, logo após ter ocorrido algum fato capaz de inflamar os ânimos da opinião pública e da imprensa, tanto pelo modo como é retratado na mídia, como pelo contexto violento e bárbaro em que aconteceu, pautando a agenda de política criminal, pois se o crime é selecionado pela agenda midiática, fatalmente estará na pública e muito provavelmente na agenda política (Andrade, 2021, p. 178).

Como dito, a aplicação desses símbolos como forma de replicar socialmente uma suposta medida de contenção de risco, se dá não só com a criação de penas, mas também com a redução de possibilidades de liberdade, inclusive na execução penal.

No mesmo sentido, recentemente, o instituto da Saída Temporária, benefício estipulado pela Lei de Execuções Penais desde a sua promulgação ocorrida no ano de 1984, foi sensivelmente extirpado do ordenamento pela Lei nº 14.843/2024.

O referido benefício tinha como fim primário o retorno ao convívio do seio familiar, sendo utilizado como medida ressocializadora da pena, vez que, dentre as permissões executórias, era o único direito legal constituído capaz de entregar ao executado, ainda durante o cumprimento da pena, oportunidade direta de conviver com seus entes queridos e com a sociedade.

A modificação, aliás, se deu em meio a calorosos debates iniciados por uma trágica situação que se tornou de conhecimento nacional e provocou consternação social fomentada pela mídia, desaguando em debates no Congresso Nacional.

Ocorre que, no dia 07 de janeiro de 2024, um sargento da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais, durante a atuação de suas funções, foi baleado por indivíduo que usufruía do benefício da Saída Temporária durante o período do Natal. No dia seguinte, o agente público veio a óbito, ficando constatado que, em tenra idade – 29 (vinte e nove) anos – foi acometido por morte cerebral.

O processo judicial que expõe o caso de autos nº 5125118-49.2024.8.13.0024, tramita na Comarca de Belo Horizonte/MG, sob jurisdição do 2º Tribunal do Júri. A denúncia foi apresentada pelo Ministério Público de Minas Gerais no dia 26 de janeiro de 2024 e recebida aos 30 do mesmo mês, tendo narrado os deslindes da perseguição que culminou no falecimento do policial:

> O Sargento DIAS e o Cabo IGOR desembarcaram da viatura e iniciaram a perseguição, a pé, a WELBERT, sendo que o Cabo RAPHAEL permaneceu na direção da viatura. Na altura da Avenida Risoleta Neves, nº 148, o Sargento DIAS deu o comando para que WELBERT se deitasse no chão, contudo foi surpreendido pela ação inesperada de WELBERT, que sacou uma arma de fogo que estava escondida no bolso de sua bermuda e, de inopino, efetuou disparos em direção ao Sargento DIAS, que foi atingido por 02 (dois) disparos na região cranioencefálica, e caiu ao solo. WELBERT ainda efetuou mais 01 disparo contra o Sargento DIAS quando este jazia ao solo, totalmente à mercê de seu algoz. (Brasil, 2024, autos nº 5125118-49.2024.8.13.0024).

A quem do procedimento judicial, após a divulgação da circunstância, seguida pela notícia da morte do policial, o caso repercutiu em todo o país, gerando revolta e incentivando discursos punitivos que, frise-se, outrora já eram disseminados, mas ganharam força dada a fatídica tragédia.

O Congresso Nacional, então, sobretudo em sua parcela relacionada a posicionamentos da direita – enquanto polo de convicções sociopolíticas – passou a reforçar a necessidade de que o benefício da Saída Temporária fosse extirpado da Lei de Execuções Penais.

Os referidos debates foram rapidamente levados à materialização nas bancadas parlamentares e, simultaneamente, fomentaram as discussões sociais a respeito, as quais mantiveram-se polarizadas. De um lado, especialistas penais e estudiosos dos direitos humanos questionaram a tentativa de abolir o benefício e, do outro, cidadãos comuns e parlamentares parabenizaram a iniciativa.

A exemplo, comentou o Juiz de Direito do Estado de Santa Catarina, Mauro Ferrandin, Doutor em Direito e Ciência Política:

> Aquele que passa pelo sistema tende a voltar para ele e, quanto mais segregado for o indivíduo, mais ele perderá sua condição de viver em sociedade (...). As alternativas à pena privativa de liberdade, por outro lado, garantem a possibilidade de o indivíduo refletir sobre seus erros (...), responder por eles sem a segregação social tão escancarada. Certo é que depois de dezenas de anos estudando o tema e tendo visto a legislação, ano após ano, recrudescer, nunca percebi qualquer sinal de redução da criminalidade ou caso de ressocialização (Agência Senado, 2024).

Em parcial divergente, o relator do Projeto de Lei, Senador Flávio Bolsonaro, afirmou que o Sistema Penal, superlotado, é também fator para a ausência da correta ressocialização:

> O nosso sistema carcerário infelizmente encontra-se superlotado e, em muitos estados, com instalações precárias, o que impede a devida ressocialização dos presos. Ao permitir que presos ainda não reintegrados ao convívio social se beneficiem da saída temporária, o poder público coloca toda a população em risco (Agência Senado, 2024).

Vale rememorar, entretanto, que, ainda no mês de novembro de 2023, ou seja, antes do caso concreto em exame, fora apresentado pelo Deputado Federal Bibo Nunes, o Projeto de Lei nº 1.386/2023, que já possuía como pretensão a extinção da Saída Temporária, reforçando, novamente, se tratar de temática reiteradamente levantada no Congresso Nacional.

Na ocasião, a justificação do Projeto Legislativo deixa clara, a propósito, a relevância dada às notícias encampadas pela mídia, assim afirmando:

> Inúmeras notícias veiculadas pela imprensa constantemente demonstram que permitir a saída de presos representa um acréscimo de risco para a população. Como efeito, propõem-se alterações na Lei de Execução Penal para abolir a concessão de saídas temporárias (Brasil, 2023).

De igual forma, o Projeto de Lei que deu origem à Lei nº 14.843/2024, de nº 2.253, foi apresentado pelo Deputado Federal Pedro Paulo no ano de 2022, em alteração ao Projeto de Lei nº 583/2011, ou seja, 11 anos antes.

De toda sorte, o fato é que as Saídas Temporárias sempre foram concedidas a presos que cumpriam pena em regime semiaberto, levando em conta a compatibilidade do benefício com os objetivos da pena, sob a demonstração de bom comportamento no cárcere e o cumprimento de 1/6 da pena para indivíduos primários e 1/4 para reincidentes, conforme se extrai do artigo 123, da Lei de Execuções Penais.

Além disso, detinha prazo máximo de 07 dias de concessão, sendo possível sua renovação por outras 04 vezes, em um total de 35 dias anuais, dos quais deveria haver ao menos 45 dias entre uma concessão e outra, sendo possível, mais, o gozo do benefício com o monitoramento eletrônico, nos termos do revogado artigo 122, § 1º, da Lei de Execuções Penais (Brasil, 1984).

Com a continuidade das movimentações Legislativas, aos 13 de junho de 2024 entrou em vigor, após suportar veto presidencial, a Lei nº 14.843/2024, que alterou sensivelmente o benefício executório em exame.

Neste ínterim, é relevante que se examine as estatísticas do instituto da Saída Temporária, buscando colocar em teste as justificativas utilizadas para a alteração legislativa, sem perder de vista as bases teóricas que elucidam as bases angulares das narrativas difundidas. Grosso modo, os discursos parlamentares serão analisados, para, após, serem confrontados com dados públicos de divulgação nacional.

4.1 Discursos parlamentares emergenciais na construção da Lei nº 14.843/2024

Como consequência direta da disseminação midiática da morte do Policial Militar Sgt. Dias e, ainda, considerando o suposto risco teoricamente disseminado pela mídia, a Lei nº 14.843 de 2024 se deu, repita-se, em concretização ao Projeto de Lei nº 2.253 de 2022, aprovado pela Câmara dos Deputados em agosto deste mesmo ano.

Conforme se verifica da cronologia da atividade legislativa, o Projeto de Lei, aprovado em sede de votação bicameral, restou, contudo, vetado parcialmente pelo Presidente da República aos 11 de abril de 2024 naquilo que dizia respeito às Saídas Temporárias, com a publicação das partes não vetadas e a remessa ao plenário no dia subsequente para análise do veto.[15]

Nas razões do veto (nº 08/2024, mensagem nº 144), o Presidente da República Luiz Inácio da Silva esclareceu que as saídas temporárias são parte

[15] Adiante-se, de antemão, que as informações pertinentes ao Projeto de Lei em questão podem ser verificadas junto ao site oficial do Senado Federal,, especificamente no seguinte endereço e página eletrônica: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/154451.

relevante da ressocialização do preso, destacando sua importância ao retorno ao convívio social:

> Destarte, a proposta de revogação do direito à visita familiar, enquanto modalidade de saída temporária, restringiria o direito do apenado ao convívio familiar, de modo a ocasionar o enfraquecimento dos laços afetivo-familiares que já são afetados pela própria situação de aprisionamento. É basilar ponderar que, à luz dos delineamentos declarados pelo Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF nº 347, a manutenção de visita esporádica à família minimiza as efeitos do cárcere e favorece o paulatino retorno ao convívio social. Tal medida não se dá por discricionariedade estatal, mas, sim, pela normatividade da Constituição, que, ao vedar o aprisionamento perpétuo, sinaliza, por via reflexa, a relevância da diligência pública no modo de regresso da população carcerária à sociedade (Brasil, 2024).

Inobstante ao posicionamento apresentado pelo Chefe do Executivo Nacional, aos 28 de maio de 2024, o veto parcial foi rejeitado pelo Congresso Nacional em Sessão Conjunta.

No resultado nominal da sessão, verifica-se que o veto suportou 126 votos a seu favor, 314 contra e duas abstenções na Câmara dos Deputados; e 11 votos a seu favor, 52 contra e 01 abstenção no Senado Federal. Por conseguinte, aos 12 de junho de 2024 ocorreu a promulgação das partes vetadas, em vigor, enfim, desde o dia subsequente (Senado Federal, 2024).

Quanto a isso e em especial zelo aos trâmites de vigência das legislações brasileiras, frise-se que todos os artigos vetados pelo Veto Presidencial nº 8/2024 e mantidos na redação da Lei nº 14.843/2024 após a rejeição pelo Congresso Nacional, não retroagem a momento anterior à publicação das partes vetadas.

A uma, porque a promulgação dessas partes vetadas se deu no dia 12 de junho de 2024 com publicação no dia subsequente e, como sabido, é estranho ao processo legislativo brasileiro que uma lei seja publicada antes de sua promulgação, ato responsável por validar sua existência, sendo sua vigência orientada pela publicação, salvo *vacatio legis*.

A duas porque, uma vez publicada a fração não vetada pelo Presidente da República e, lado outro, submetidas à avaliação do Congresso Nacional as partes extirpadas, opera-se o chamado desmembramento de procedimento legislativo, cujos efeitos, todavia, não foram integralmente esclarecidos pela Constituição Federal, a qual somente faz menção a necessidade

de promulgação das partes vetadas após a rejeição de veto presidencial (art. 66, §5º, CRBF) (Brasil, 1988).

Neste ponto, é pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Especificamente por meio do julgamento do Tema de Repercussão Geral nº 595 no Recurso Extraordinário de nº 706.103/MG, fixou a seguinte tese:

> É constitucional a promulgação, pelo Chefe do Poder Executivo, da parte incontroversa de projeto de lei que não foi vetada, antes da manifestação do Poder Legislativo pela manutenção ou pela rejeição do veto, inexistindo vício de inconstitucionalidade dessa parte inicialmente publicada pela ausência de promulgação da derrubada dos vetos (Brasil, 2020).

No Acórdão do referido Recurso Extraordinário, decidido por unanimidade e relatado pelo ministro Luiz Fux, esclareceu este de forma clara a construção interpretativa levada a cabo à conclusão:

> Findo tal prazo sem que tenha ocorrido a promulgação da parte relativa ao veto derrubado, deverá o Presidente do Poder Legislativo fazê-lo em igual prazo, após o qual a atribuição de promulgação transmuda-se ao Vice-Presidente do Poder Legislativo (§ 7º), para o qual não há indicação de prazo específico ou de outra consequência para o caso de omissão. Se ainda assim não restar promulgada esta parte, não estará concluído, quanto a ela, o processo legislativo, de modo que o excerto relativo ao veto derrubado ainda não terá vigência ou força normativa, atributos que só são adquiridos a partir de sua promulgação e publicação, seja pelo Chefe do Poder Executivo, seja pelo Presidente ou Vice-Presidente do Poder Legislativo. Ter-se-á, nessa hipótese, situação de omissão inconstitucional, a atrair a justa possibilidade de controle judicial, mas que não acarreta, por si só, a promulgação ou a vigência automática do trecho do projeto de lei referente ao veto derrubado pelo Poder Legislativo. [...] (RE 706103, Relator(a): Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 27-04-2020, processo eletrônico repercussão geral - mérito dje-119 divulg 13-05-2020 public 14-05-2020).

Em qualquer caso, as sessões deliberativas referentes ao Projeto de Lei nº 2.253/2022 no Senado (nº 583/2011 na casa de origem), revelam importantes posicionamentos legislativos alinhados ao recrudescimento emergencial da Lei Penal sob a justificativa do risco suportado pela Sociedade.

Em Sessão Deliberativa do Senado destinada à análise e votação de projetos, ocorrida especificamente aos 20 de fevereiro de 2024, os senadores da república se manifestaram a esse respeito, ocasião em que foram observadas certas tendências punitivistas, ainda que incipientes se comparadas às visualizadas na Câmara dos Deputados.

O Projeto restou aprovado pela Comissão de Segurança Pública com emendas (2, 5 e 6), tendo frisado o relator do parecer, Senador Flávio Bolsonaro, a sua pertinência ao atual cenário brasileiro. Em votação nominal, 66 senadores se fizeram presentes, no que se inclui o presidente – que não vota – resultando, ao fim, em 62 votos para a aprovação, 2 para a rejeição e uma abstenção[16].

O Senador Fabiano Contarato, aliado ao PT – Partido dos Trabalhadores, entendido como partido de esquerda política, expôs concordância com o Projeto, reforçando, pois, que o movimento expansionista penal não diz respeito aos polos políticos, mas a resposta social à sensação de insegurança. Em seus dizeres:

> [...] E por essa razão eu peço humildemente perdão à minha bancada, o Partido dos Trabalhadores e da Trabalhadoras, mas eu não sairia daqui com a minha consciência tranquila não votando contra a saída temporária, por entender que é mais um benefício dado que vai passar não a sensação, mas a certeza da impunidade (TV Senado, 2024).

A fala do referido parlamentar explicita, ainda, a ligação que se faz entre a concessão do benefício da Saída Temporária e a impunidade.

De modo parecido exclamou o Senador Izalci Lucas, coligado ao PL – Partido Liberal, ocasião em que reforçou o medo enfrentado cotidianamente pela população brasileira:

> Chega! Basta! O que vem ocorrendo no Brasil em termos de Segurança pública. As pessoas de bem tem que ficar presas (...) por

[16] As mencionadas emendas são assim traduzidas:
Emenda nº 2 - Dê-se nova redação ao Projeto nos termos dos itens 1 e 2 a seguir. Item 1 – Suprimam-se o inciso IV do caput do art. 66, o inciso II do caput do art. 146-B e o inciso II do parágrafo único do art. 146-C; e dê-se nova redação ao art. 122, todos da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, na forma proposta pelo art. 2º do Projeto, nos termos a seguir: “Art. 66. [...] IV – (Suprimir).” (NR) “Art. 122. [..] § 2º Não terá direito à saída temporária a que se refere o caput deste artigo ou a trabalho externo sem vigilância direta o condenado que cumpre pena por praticar crime hediondo ou com violência ou grave ameaça contra pessoa. § 3º Quando se tratar de frequência a curso profissionalizante, de instrução de ensino médio ou superior, o tempo de saída será o necessário para o cumprimento das atividades discentes.” (NR) “Art. 146-BI – (Suprimir) (NR) “Art. 146-C. Parágrafo único Emenda nº 5 - Dê-se a Ementa do Projeto de Lei nº 2.253, de 2022, a seguinte redação: “Altera a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), para dispor sobre a monitoração eletrônica do preso, prever a realização de exame criminológico para progressão de regime e restringir o benefício da saída temporária. Emenda nº 6 - Dê-se ao art. 1º do Projeto de Lei nº 2.253, de 2022, a seguinte Redação: “Art. 1º Esta Lei, denominada Lei Sargento PM Dias, altera a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), para dispor sobre a monitoração eletrônica do preso, prever a realização de exame criminológico para progressão de regime e restringir o benefício da saída temporária.” (Brasil. Senado Federal. Atividade Legislativa. Projeto de Lei n° 2253, de 2022. Emendas. Disponível:https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/154451#emendasColegiado2429. Acesso em 12 ago. 2025.)

> medo justamente de serem assaltadas em razão dessas saidinhas (TV Senado, 2024).

Outrossim, o Senador Sérgio Moro, ex-Juiz Federal e ex-Ministro da Justiça e Segurança Pública do Brasil, reafirmou enfaticamente ser a segurança pública uma demanda urgente do país:

> Esse projeto é extremamente importante. Hoje uma das maiores demandas dos cidadãos brasileiros é a segurança pública. [...] A gente vê as pessoas cada vez mais com sensação de acusados [...]. Há quem faça pouco caso do percentual que não retorna, em média de 5% [...], mas se formos pensar em cada feriado, 5% que não retornam, nós temos um número substancial de presos que não retornam [...] parte desses presos colocados em liberdade cometem novos crimes.

Ato contínuo, em Sessão deliberativa na Câmara dos Deputados realizada aos 20 de março de 2024, com o fim de discutir as emendas incluídas pelo Senado ao Projeto de Lei em exame, há que se observar o maior vigor de argumentos em votação relacionados ao medo e perigo social, bem como a ânsia em tornar mais rígida a punição.

Nesse sentido, expôs o Deputado Federal Guilherme Derrite, filiado ao PL afirmou a intolerância social às Saídas Temporárias:

> [...] As estatísticas demonstram o aumento do número de ocorrências criminais nos períodos posteriores às concessões de saídas temporárias. [...] A saidinha dos feriados é algo que a sociedade não tolera mais! Assim e ao se permitir que presos ainda não reintegrados ao convívio da sociedade desfrutem de 35 dias em liberdade, o poder público coloca toda a população brasileira em risco, portanto o Congresso Nacional, que representa a sociedade, teve o entendimento majoritário de que precisa ser extinto este benefício (Câmara dos Deputados, 2024).

Em complemento, enfatizou o Deputado Fred Linhares, filiado ao Partido Republicanos:

> [...] Esse projeto está mais que bem-feito! Quero parabenizar ao nosso relator, deputado Derrite, que tem feito um ótimo trabalho contra a bandidagem [...]. Nós devíamos defender muito mais as polícias, como tem acontecido em São Paulo. [...] Fim às saidinhas! (Câmara dos Deputados, 2024).

O deputado Tarcísio Motta, em divergência e contra a extinção das Saídas Temporárias exclamou:

> [...] Quem costuma dizer que o Brasil é o país da impunidade, ignora ou finge ignorar que o Brasil tem a 3ª maior população carcerária do mundo. [...] Os presídios estão superlotados de uma juventude negra e pobre que acaba sofrendo uma seletividade penal que praticamente

> condena os pobres ao encarceramento, enquanto aqueles que têm grana para pagar bons advogados, esses sim, não ficam presos por nada! Ignoram também, os dados aqui apresentados: 95% daqueles que usufruem deste direito a saída temporária retornam e 4% acabam retornando com alguma questão de atraso e menos de 1% acabam não retornando e, assim, acabam cometendo crimes. [...] Usam o medo da população para gerar mais medo (Câmara dos Deputados, 2024).

Ainda no início da Sessão Plenária, o Deputado Federal, Nikolas Ferreira, conhecido por seus posicionamentos enfáticos quanto a suposta impunidade do sistema penal, reiterou seu apoio à extinção das saídas temporárias:

> Quero reforçar aqui toda a minha solidariedade à família do sargento Roger Dias que é da minha terra e que, inclusive, era um apoiador, um seguidor meu e infelizmente teve a sua vida ceifada por conta de um "direito", na verdade, um privilégio, de um bandido que estava sob a saidinha. Ou seja, não há motivos, razões, para poder sermos favoráveis à permanência da saidinha e, por mais que eu não tenha nenhum poder de prever o futuro, eu acredito e peço para os eleitores e população brasileira que esteja atenta a quem irá ser contrário a essa proposta que nada mais gera malefícios para bandidos. Essa mentalidade de protecionismo de bandidagem, de vagabundos, que tem atentado com a vida de pessoas, pais de família [...] (Câmara dos Deputados, 2024).

Os trechos ora decotados da sessão Plenária enfatizam, especificamente quanto aqueles que se demonstraram a favor da extinção das saídas temporárias, a justificação da medida na urgência de proteção da sociedade, revelando, portanto, a norma como fonte de prevenção geral e especial negativa. Ao mesmo tempo, portanto, se pretende a prevenção de novos delitos pela via da intimidação social e a neutralização do sujeito que comete delitos, vez que agora excluído da possibilidade do convívio familiar.

Os discursos revelam, pois, a emergência em punir por meio da norma que, como já explicou Foucault, traz em si, ao mesmo tempo, "um princípio de qualificação e um princípio de correção" (2010, p. 43).

Trata-se da ampliação do conhecimento do movimento Lei e Ordem, já disseminado desde a década de 70. A referida corrente, originalmente advinda dos Estados Unidos, institui uma política de tolerância zero aos crimes, preconizando, portanto, o estrito cumprimento da lei, sendo indiferente se "[...] a lei é boa ou ruim, mas sim que ela deve ser aplicada por ser ela votada legitimamente para reger as condutas sociais" (Gonzaga, 2022, p. 106).

A diástase das normas penais, ou seja, a inflação da seara de intervenção da pena, funciona, pois, como mecanismo de controle social, adequando as

relações sociais ao agora difundido populismo penal, que guarda ligação, ainda, com a estigma da sociedade de risco:

> De efeito, a crença que hoje se difunde é a de que as ações do sistema de justiça criminal deveriam se orientar no sentido da concepção de uma estratégia global de gerenciamento dos medos e das expectativas sociais insufladas, em larga medida, pelos meios de comunicação de massa, que, auto investidos na qualidade porta-vozes da cidadania, por sua vez, reclamam do Estado, respostas cada vez mais rápidas, duras e pragmáticas em relação ao enfrentamento da violência urbana (Ramos; Gloeckner, 2017, p. 251).

Outrossim, por populismo penal se compreende uma resposta social célere a um problema penal complexo, sobrepondo, portanto, as benesses eleitorais de certa estratégia em detrimento da efetividade da lei penal. De outra forma, une a popularidade da narrativa ao clamor social por resposta, independentemente de seus efeitos, se valendo, principalmente, da prisão (Roberts *et. al*, 2003, p. 5-6).[17]

Em linhas gerais, pode se dizer que o populismo penal se vale das percepções sociais de senso comum sobre justiça e punição para, supostamente, entregar uma resposta rápida à população, por sua vez, emeb medida em desinformação:

> Muitas manifestações de populismo penal baseiam-se em avaliações da opinião pública que são simplificações exageradas ou, de alguma forma, incompletas. Nenhum sistema de justiça criminal em nossa experiência transmitiu adequadamente (ou, em alguns países, sequer tentou transmitir) ao público a realidade das tendências da criminalidade ou os fatos sobre as opções de políticas de justiça criminal em relação à infração. A opinião pública, portanto, é frequentemente baseada em deturpação e desinformação; o resultado é que a maioria das pessoas concorda com uma série de percepções equivocadas sobre crime e punição (Roberts et al, 2003, p. 6).[18]

---

[17] *In short, penal populism consists of the pursuit of a set of penal policies to win votes rather than to reduce crime rates or to promote justice. [...] Populism is also to be distinguished from a more defensible form of responsiveness to public opinion that is premised on the belief that the pursuit of harsh punishment will promote a greater consensus about the wrongfulness of criminal behavior (cf. Bottoms, 1995, p. 39) na interesting hypothesis. The central tool of penal populism is imprisonment; (Robert et al. Penal Populism and Public Opinion: Lessons Form Five Countries. Oxford University Press, 2003* – tradução nossa).

[18] *many manifestations of penal populism are premised on assessments of public opinion which are oversimplifications or incomplete in some way. No criminal justice system in our experience has adequately conveyed (or, in some countries, even attempted to convey) to the public the reality of crime trends or the facts about criminal justice policy options with respect to offending. Public opinion is therefore often based on misrepresentation and misinformation; the result is that most people subscribe to a number of misperceptions about crime and punishment*.(tradução nossa)

Como também concluiu Mariana Vidal sobre o tema:

> [...] a expressão populismo penal é utilizada para designar uma específica forma de exercício e de expansão do poder punitivo - não a do modelo expansionista, mas caracterizada pela instrumentalização dos dramas sociais, e de orientação claramente intimidatória e neutralizadora (Vidal, 2022, p. 32).

Originalmente cunhado por Anthony Bottoms, o populismo diz respeito aquilo que denominou como sendo uma punitividade populista e se traduz em convicções aceitas amplamente pela sociedade, independentemente de idade ou classe social, de maneira tal que a pena passa a ter um substancial político (1995, p. 39 *apud* Ramos *et al* 2017, p. 253).

A epistemologia angular, desse modo, tem ligação com a sua serventia "[...] para definir o uso político, em proveito próprio, daquilo que se acredita ser uma visão naturalmente punitiva do público em geral" (Paiva, 2016, p. 46).

Grosso modo, a punitividade populista poderia ser assim definida:

> [...] o populismo punitivo, ou, para sermos mais precisos, a punitividade populista ("populist punitiveness"), indicaria, basicamente, um traço característico do comportamento daqueles agentes políticos (politicians) que almejam conquistar algum tipo de vantagem eleitoral por intermédio da produção ou indução de reformas legislativas inspiradas em teses como as seguintes: (i) o incremento das sanções de caráter penal produz, imediata e automaticamente, uma redução significativa nos indicadores da criminalidade (prevenção social negativa); (ii) a pena, per se, reforça determinados consensos morais essenciais para a manutenção da vida em sociedade (prevenção social positiva) (Gloeckner; Ramos, 2017, p. 253).

Nesse sentido, portanto, o legislador populista seria aquele que, a pretexto da representação dos intentos do povo, defende veementemente as vítimas de um delito, o que o faz por meio do recrudescimento dos poderes a quem incumbe perseguir o crime (Gloeckner; Ramos, 2017, p. 255).

Sob outra perspectiva, mas no mesmo cenário, importantes são as considerações de Luigi Ferrajoli acerca da emergência penal, a qual dividiu como possuindo três fases, quais sejam: a) a primeira fase, que diz respeito ao Direito especial de polícia, aumentando os poderes policiais de investigação, ocorrida entre os anos de 1974 e 1978; b) a segunda fase, que se vincula ao direito penal político especial, originária no ano de 1979. Nesse caso, a necessidade de combate ao terrorismo passa a ser da magistratura; e c) a terceira fase, perpassada entre 1982 e 1986, referindo-se ao direito penal diferenciado,

marcada pelo formalismo e a relativização das garantias (Ferrajoli, 2002, ps. 656-659).

Em linhas gerais, os processos de emergência culminam naquilo que Ferrajoli definiu como sendo a "mutação substancial do modelo de legalidade penal", que, ao cabo, evidencia um direito de exceção que aloca o crime em uma seara de pecado, não só de infração:

> Intimamente conexa a esta distorção subjetiva e substancial do crime há uma concessão outro tanto subjetiva e substancial da verdade processual, que se resolve na predileção no processo de métodos fortes do tipo inquisitório. O esquema amigo/inimigo, próprio da razão de Estado, opera aqui num sentido duplo. Em primeiro lugar, na conotação igualmente impressa na acusação e no juízo e na transformação do processo em momento de "luta" à criminalidade terrorista ou de outra forma organizada: o processo não é mais aquilo que Beccaria chamava de "processo informativo", isto é, "a busca indiferente do fato", onde o juiz é "um pesquisador indiferente da verdade", mas transformou-se naquilo que "chama-se processo ofensivo", no qual "o juiz torna-se inimigo do réu, de um homem encarcerado..., e não procura a verdade do fato, mas procura no prisioneiro o delito, e o insidia, e crê perder se não consegue fazê-lo e de não fazer jus àquela infalibilidade que o homem se irroga em todas as coisas" (Ferrajoli, 2002, p. 60).

No caso das Saídas Temporárias, a modificação se deu em personificação do direito penal da exceção retratado por Ferrajoli, mas também dos dois sentidos atrelados à punitividade populista: de um lado se quis responder ao caso paradigma (Sgt. Dias), que gerou comoção nacional, enfatizando, por esta via, que a exclusão do benefício seria suficiente para a autorregulação social, na forma da prevenção geral positiva.

Noutra esteira, serviria a extinção das Saídas Temporárias como repressão à criminalidade, o que, na teoria, por si só seria suficiente para afastar os novos cometimentos de delitos.

Frise-se que não se pretende analisar as definições brasileiras de direita ou esquerda no que tange às vertentes políticas, mas verificar o teor populista das falas que consubstanciaram a votação da legislação, como já dissertado.

Há que se pensar, contudo, que o movimento de repressão e a categorização do indivíduo enquanto sujeito incapaz de retornar ao convívio social, produz como consequência a retomada da noção de amigo/inimigo do direito penal, inicialmente cunhada por Jakobs em uma estratégia funcionalista coligada a criminologia clássica.

Sob esta égide, persistem as preocupações em exame: em que medida o populismo penal, se valendo de discursos emergentes, interfere na concretude de garantias fundamentais? A seguir, com esta premissa em centralidade, discutir-se-á as noções de Direito Penal do Inimigo para que, enfim, se perceba a sua congruência, ou não, com a efetividade do instituto das Saídas Temporárias no Brasil.

4.2 O inimigo do Direito Penal e a emergência normativa

Não se pode olvidar que a intervenção penal, como conhecida no Estado Democrático de Direito, possui critérios científicos de aplicação, tais quais os princípios da subsidiariedade, da fragmentariedade e da intervenção mínima, visando, em todo caso, limitar o poder estatal e aplicar punições adequadas e suficientes.

Nem sempre, todavia, a Ciência Penal como desenvolvida a partir do século XIX foi utilizada para o cerceamento do poder-dever de punir, sendo certo que as políticas-criminais penais sofrem recorrente interferência do momento vivenciado pela sociedade. Não por acaso, o instituto executório em exame (Saídas Temporárias) foi suprimido após uma circunstância capaz de friccionar a revolta da população e, por consequência, as bancadas parlamentares.

Dentre várias teorias e movimentos penais, o direito penal do inimigo, disseminado pelo jurista alemão Günther Jakobs, em meados da década de 80 do século XX, pretendia legitimar na teoria penal a dicotomia entre o bom e o mau, ou, em outras palavras, buscava identificar o personagem vilão, representado pela figura do transgressor, ou seja, aquele que de alguma maneira descumpre a lei e atrapalha a eficácia das normativas dogmáticas penais.

Jakobs, valendo-se dos conceitos iniciais de filósofos consagrados (como Rousseau e Hobbes), delimitou que o malfeitor deixa de fazer parte do Estado, vez que o inimigo é um ser naturalmente alheio ao sistema de direito, devendo ser por ele punitivo e dele excluído. Nesse sentido, aliás, o jurista cita o fatídico atentado às Torres Gêmeas, mundialmente conhecido e ocorrido aos 11 de setembro de 2001, como uma situação em que se pode identificar o inimigo do direito penal (Jakobs, 2003, p. 39).

A teoria de Jakobs, portanto, se alinha aquilo que é denominado como sendo um funcionalismo penal de prevenção positiva, inaugurado principalmente por Lombroso, Garofalo e Ferri, fazendo parte, ainda, da terceira velocidade do direito penal, afeta aos discursos emergenciais que se afastam do caráter mínimo da intervenção penal.

A título de exemplo, Ferri, um dos principais expoentes da escola positiva, em que pese acredita-se na readaptação do criminoso – salvo os habituais – enfatizou que o inimigo não pode, sob hipótese alguma, ser considerado como um ser normal, devendo, por isso, ser qualificado em acordo com as suas anormalidades psíquicas, sobretudo porque ele vive naquilo que esclareceu ser um “estado selvagem” de vida (Bitencourt, 2024, p. 84).

Com a passagem do tempo e os acontecimentos históricos que marcaram a humanidade, dentre os quais se destaca a 2ª Guerra Mundial, ganhou força a última revolução científica penal: o funcionalismo, do qual, como dito, fazia parte Jakobs. Após o idealismo alemão, o positivismo jurídico, o neokantismo e o finalismo, buscava-se uma forma de solidificar a norma. Era a clara resposta ao caos vivenciado pelo ser humano durante o período de guerra.

Delimite-se, entretanto, que como também esclarecido por um dos adeptos das mais várias correntes da nova teoria, Claus Roxin, o funcionalismo é um método amplo de interpretação das legislações, ou, como dissertou: “[...] método segundo o qual as construções jurídicas devem ser conscientemente guiadas por determinados valores e finalidades” (Roxin, 2002, p. 63).

Em outras palavras, como explica Greco sobre o método funcionalista:

> Não lhe interessa primariamente até que ponto vá a estrutura lógico-real da finalidade; pois ainda que uma tal coisa exista e seja univocamente cognoscível, o problema que se tem à frente é um problema jurídico, normativo, a saber: o de quando se mostra necessária e legítima a pena por crime doloso? O funcionalista sabe que, quanto mais exigir para o dolo, mais acrescenta na liberdade dos cidadãos, às custas da proteção de bens jurídicos; e quanto menos exigências formular para que haja dolo, mais protege bens jurídicos, e mais limita a liberdade dos cidadãos (Greco, 2000, p. 233-234).

Assinale-se, todavia, que, no funcionalismo penal, há autores que, muito embora convirjam na escolha da escola penal, em pouco se assemelham no que diz respeito à teoria jurídica desenvolvida. Como elucida Roxin, a convergência no funcionalismo é vinculada tão somente ao fato de que, seus adeptos, acreditam que o direito penal não pode estar vinculado somente a dados

ontológicos, como a ação e a causalidade, mas muito antes devem ser guiados tendo em vista a finalidade do Direito Penal (Roxin, 2002).

Desta feita, muito embora Jakobs faça parte da corrente funcionalista, não encontra correlação teórico-jurídica com um percentual relevante dos autores desta vertente. Para Jakobs, a ação deveria ser entendida como a expressão de um sentido: “essa expressão de significado consiste na causalidade individualmente evitável, ou seja, intencional ou por negligência individual, de certas consequências; individualmente evitáveis são aquelas causalidades que não ocorreriam se houvesse uma motivação voltada para evitar as consequências” (Greco, 2000, p. 256).

Em linhas gerais, o funcionalismo de Jakobs entendia que o direito penal deveria servir para a reafirmação do próprio direito. Se promove, portanto, a personalização dos sujeitos, em uma interpretação sobre a qual o crime é uma falha de comunicação e a pena a manutenção da identidade em defesa da sociedade (Jakobs, 2003, p. 44).

Vê-se, assim, a modificação do ponto central do Direito Penal: seus desdobramentos deveriam ser focados não mais na proteção dos bens jurídicos mais importantes, mas na concretização da norma por si só, o fazendo de maneira valorativa e, como dito, afastando-se de critérios lógico-reais ontológicos.

Aliás, explicou Jakobs o seguinte no que tange ao combate à infração da norma penal:

> Quem por princípio se conduz de modo desviado, não oferece garantia de um comportamento pessoal. Por isso, não pode ser tratado como cidadão, mas deve ser combatido como inimigo. Esta guerra tem lugar com um legítimo direito dos cidadãos, em seu direito à segurança; mas diferentemente da pena, não é o Direito também a respeito daquele que é apenado; ao contrário, o inimigo é excluído (2003, p. 74).

O problema central da narrativa ora colacionada reside no fato de que, para o autor, os inimigos não são tidos como pessoas e, por isso, podem ser completamente excluídos, sobretudo porque, se ele recusa o – suposto – estado de cidadania, também não deve fazer jus aos direitos a ele conectados.

Promove-se, dessa forma, a completa prescindibilidade dos direitos humanos de alguns, já que, como entendido, nem mesmo representam objetos aptos a receber garantias fundamentais.

É importante dizer, não obstante, que a teoria em voga nasce também no mencionado contexto do movimento de emergência penal, apoiado sobre a concentração das ditas narrativas de Lei e Ordem, Segurança Nacional e a própria Defesa Social.

Emerge, pois, em um cenário apoiado pela ideia de que quanto mais exemplar a repressão, menor seria a criminalidade:

> Passou-se à crença de que a delinquência é fruto da ineficiência do sistema. Como resultado forjaram-se políticas de endurecimento punitivo, como a criminalização constante de condutas, ampliação das prisões provisórias e inibição de benefícios para cumprimento de sanções penais, contrapondo-se à política criminal do chamado Estado de bem-estar (Vidal, 2022, p. 35).

A emergência penal, como o nome induz, diz respeito a discursos cuja máxima está ligada ao uso do direito penal como forma principal de refrear o aumento da criminalidade, o que se faz apoiado na propagação da mencionada sensação de insegurança social.

Esse modelo, por sua vez, é capaz de legitimar as bases angulares das teorias de Jakobs até agora dissecadas. Senão, note-se:

> A partir desse discurso de emergência, soaria adequado, inclusive, defender o Direito Penal do Inimigo, na linha de Günther Jakobs, aplicável àqueles que, por não revelarem lealdade ao sistema e, assim, confiabilidade, deixam de ser considerados pessoas para se converter em inimigos, merecendo tratamento excepcional ao próprio ordenamento jurídico destinado aos cidadãos. A punição do agente, nesse contexto, dá-se conforme sua periculosidade, a partir da seletividade de um sistema sujeito, inclusive, a critérios político-sociais diversos (Bechara, 2008, p. 424).

O resultado deste movimento, leva, a "[...] involução do ordenamento jurídico-penal, que se expressa na reedição, talvez em novos trajes, dos velhos modelos próprios da tradição penal pré-moderna, como a adoção de práticas inquisitivas e métodos de intervenção típicos da atividade da Polícia" (Bechara, 2008, p. 427).

Nesse sentido, como esclarece Zaffaroni, o inimigo passa a ser aquele que não encontra congruência sistemática com os legitimados para estabelecer as medidas de punição:

> O inimigo declarado (*hostis judicatus*) configura o núcleo do tronco das dissidentes ou inimigos abertos do poder de plantão, do qual participarão os inimigos políticos puros de todos os tempos. Trata-se de inimigos declarados, não porque declarem ou manifestem sua animosidade, mas sim porque o poder os declara como tais: não se

> declaram a si mesmos, mas antes são declarados pelo poder (2014, p. 23).

Desta sorte, a introdução do conceito de inimigo em um Estado pretensamente Democrático de Direito, reduz o caráter mínimo da intervenção penal à mera liberalidade social que, nessa circunstância, é dissipada por meio das políticas-criminais parlamentares.

Ainda, a inversão do Direito Penal como meio para proteção de bens jurídicos relevantes em detrimento da – hipotética – medição da periculosidade, tornam vazios os critérios objetivos da pena construídos por séculos e necessários à preservação dos direitos humanos concretizados após a 2ª guerra mundial e recepcionados pela Constituição Federal brasileira.

Aliás, sobre isso, pontua Zaffaroni:

> O conceito mesmo de inimigo introduz de contrabando a dinâmica de guerra na Estado de Direito, como uma exceção à sua regra ou princípio, sabendo ou não sabendo (a intenção pertence ao campo poético) que isso leva necessariamente ao Estado absoluto, porque o único critério objetivo para medir a periculosidade e o dano infrator só pode ser o da periculosidade e do dano (real e concreto) de seus próprios atos, isto é, de seus delitos, pelos quais deve ser julgado e, se for o caso, condenado conforme o direito. Na medida em que esse critério objetivo é abandonado, entra-se no campo da subjetividade arbitrária do individualizador do inimigo, que sempre invoca a necessidade que nunca tem limites, uma *Not* que não conhece *Gebot*. (2014, p. 25).

Os discursos emergenciais, portanto, atuam como forma de reafirmar o direito penal do inimigo, sem se preocupar, todavia, com a eficácia da medida de recrudescimento a ser implantada, vez que pouco importa a relação entre dano e punição, atentando-se, principalmente, para a necessidade de suprimir o que se entende por periculosidade.

Apesar do caráter simbólico das estratégias emergenciais, faz-se forçosa a análise da real eficácia do Instituto Executório afetado pelos discursos parlamentares outrora mencionados, sobretudo para que se elabore, ainda que embrionariamente, a dicotomia entre a pretensão de frear a criminalidade e, de outro lado, os direitos possivelmente afetados em razão desta conduta.

4.3 Perfil carcerário brasileiro e estatísticas das saídas temporárias

Se a pena decorre diretamente do desejo de punição, certo é também que suas bases fundantes, distantes da pretensa “racionalidade” sustentada pelas teorias surgidas após o século XIX, advém de preceitos morais e que, por consequência, não encontram razão lógica legal.

No mesmo sentido esclareceu Salo de Carvalho que: “Se a técnica punitiva decorre de processos moralizadores, sua origem é fluida, volátil, impossível de ser capturada e disposta como objeto de estudo controlável” (2006, p. 65).

Sua pretensão enquanto ciência – penal – pois, reside no controle social e no afastamento das paixões humanas, o que, historicamente, demonstrou-se falho, esvaziando não só sua capacidade de justificação, mas, simultaneamente, maculando seu caráter ressocializador (Carvalho, 2006, p. 70).

O público envolto no encarceramento, de outro lado, parece ser reiteradamente consistente, de modo que se a ciência penal falhou em sua ressocialização, não falhou no aprisionamento setorizado dos indivíduos.

Conforme dados do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, o perfil carcerário brasileiro possui características específicas que levam a crer que a punição atinge mais a uns do que a outros.

Segundo o órgão, os delitos mais cometidos em jurisdição brasileira são os contra o patrimônio e o tráfico de drogas, sendo que 66,69% dos encarcerados são negros, ainda que representem somente 56,2% da população autodeclarada. Outrossim, 44% dos presos têm idade entre 18 e 29 anos de idade, os quais, importa enfatizar, também são em maioria negros e com pouca escolaridade (Conselho Nacional de Justiça, 2021, p. 13).

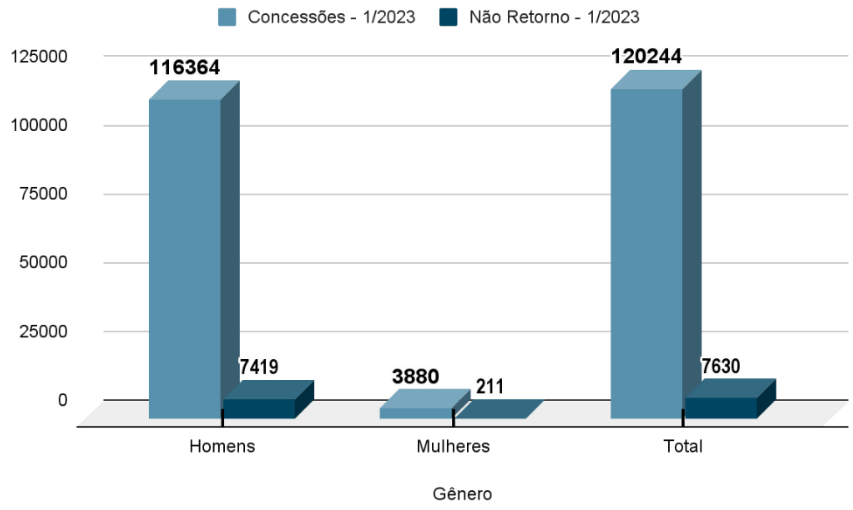
O estudo, igualmente, enfatiza a conexão entre mídia e Sistema de Justiça esclarecendo que “[...] a primeira pode reforçar em suas produções as tomadas de posição oriundas dos atores do sistema de justiça, comunicando-as à sociedade” (Conselho Nacional de Justiça, 2021, p. 19).

Verificou-se, por meio da entrevista de magistrados, a percepção de que o despreparado dos agentes midiáticos e as confusões promovidas entre poder judiciário, legislativo e executivo, bem como a disseminação de alguns casos e a pressão sofrida para o julgamento, são capazes de alterar significativamente a percepção final jurídica do caso e, portanto, a incidência ou não de condenação (Conselho Nacional de Justiça, 2021, p. 143-144).

Noutro prisma, se analisados os dados angariados pela Secretaria Nacional de Políticas Penais, vê-se que, especificamente em relação à Saída Temporária, foram concedidas em âmbito nacional, no 1º semestre de 2023, 120.244 permissões para saídas temporárias, sendo 116.364 para indivíduos do sexo masculino e 3.380 para pessoas do gênero feminino. Os quantitativos de não retorno após a saída temporária, outrossim, representam uma parcela pequena dos números do período: 7.630, sendo 7.419 homens e 211 mulheres (Sisdepen, 2023).

Para melhor visualização, note-se:

Gráfico 1 - Concessões e não retornos 1/2023



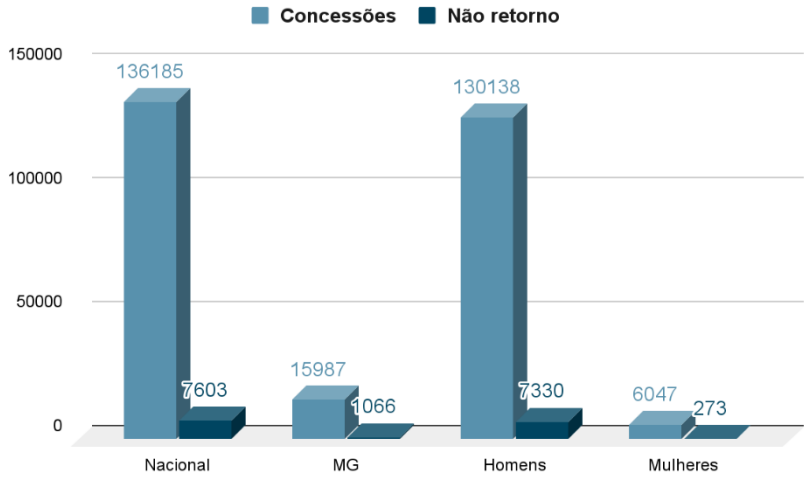
Fonte: Elaborado pela autora com base nos dados estatísticos do sistema penitenciário do Relatório de Informações Penais – 1/2023, confeccionado pela Secretaria Nacional de políticas penais.

Já no 2º Semestre de 2023, se observam 136.185 concessões, para 7.603 descumprimentos, sendo 7.330 homens e 273 mulheres, perfazendo uma média nacional de 5,6% de abandonos como um todo. Em Minas Gerais, por exemplo, o benefício foi concedido a 15.987 indivíduos, sendo que 1.066, uma média aproximada de 6,7%, não retornou (Sisdepen, 2023):

Gráfico 2 - Saídas temporárias - 2/2023

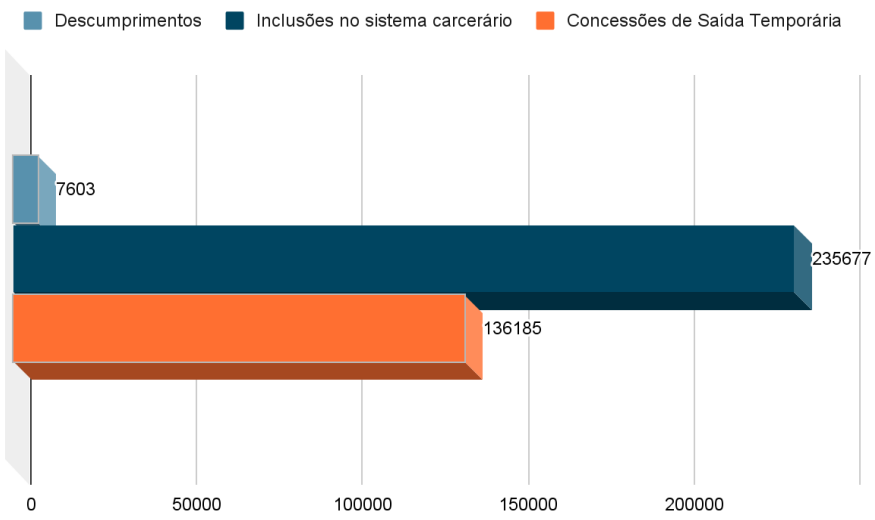
Fonte: Elaborado pela autora com base nos dados estatísticos do sistema penitenciário do Relatório de Informações Penais – 2/2023, confeccionado pela Secretaria Nacional de políticas penais.

Sob outra perspectiva, o número de inclusões no sistema prisional nesses



mesmos períodos é sempre quase o dobro das saídas temporárias usufruídas pelos reeducandos, perfazendo um total de 235.677 só no 2º semestre de 2023 (Sisdepen, 2023):

Gráfico 3 - Comparação geral 2/2023



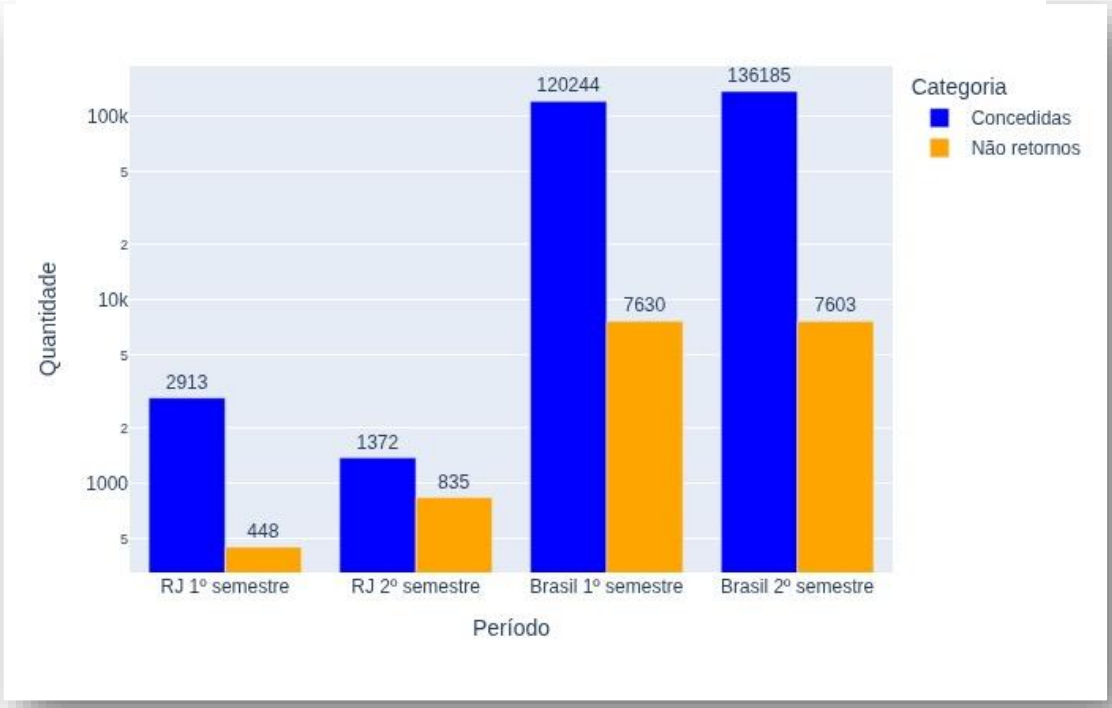
Fonte: Elaborado pela autora com base nos dados estatísticos do sistema penitenciário do Relatório de Informações Penais – 2/2023, confeccionado pela Secretaria Nacional de políticas penais.

Entretanto, uma média desviante de sensível atenção é encontrada no Estado do Rio de Janeiro, local em que no 1º semestre de 2023 foram concedidas 2.913 saídas temporárias, que resultaram em 448 não retornos, ou seja, aproximadamente 15%, média quase 3 vezes maior do que a nacional (Sisdepen, 2023).

No mesmo sentido, no 2º Semestre de 2023, foram concedidas 1.372 Saídas Temporárias, com 835 não retornos, somando aproximadamente 60% de descumprimento, número que, para este período, representa singular discrepância com a média nacional de 5,6% (Sisdepen, 2023).

Note-se, sobre isso, o gráfico comparativo dos períodos mencionados:

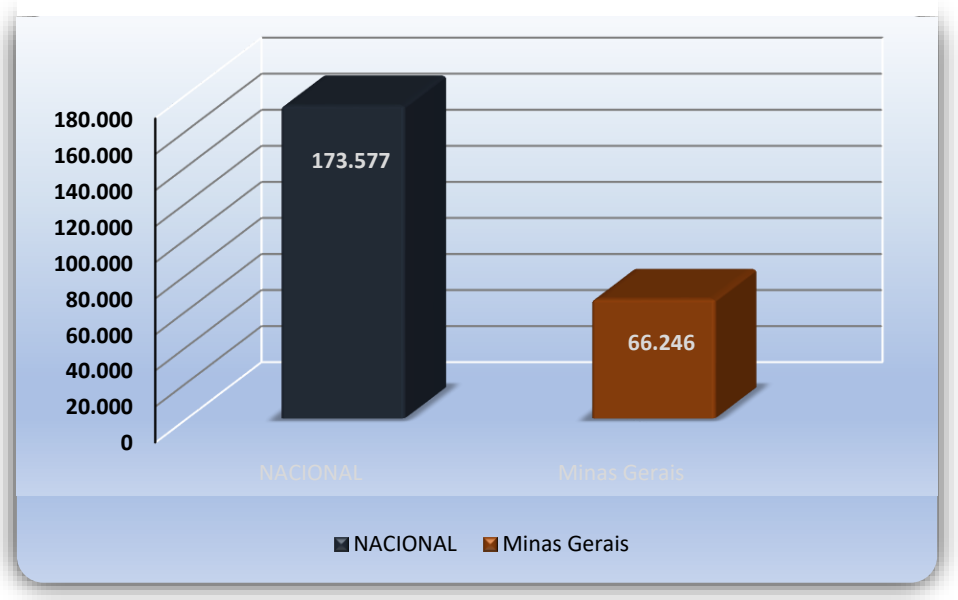
Gráfico 4- Comparação geral: Nacional e Rio de Janeiro nos 1º e 2º semestres de 2023



Fonte: Elaborado pela autora com base nos dados estatísticos do sistema penitenciário do Relatório de Informações Penais – 1/2023 e 2/2023, ambos confeccionados pela Secretaria Nacional de políticas penais.

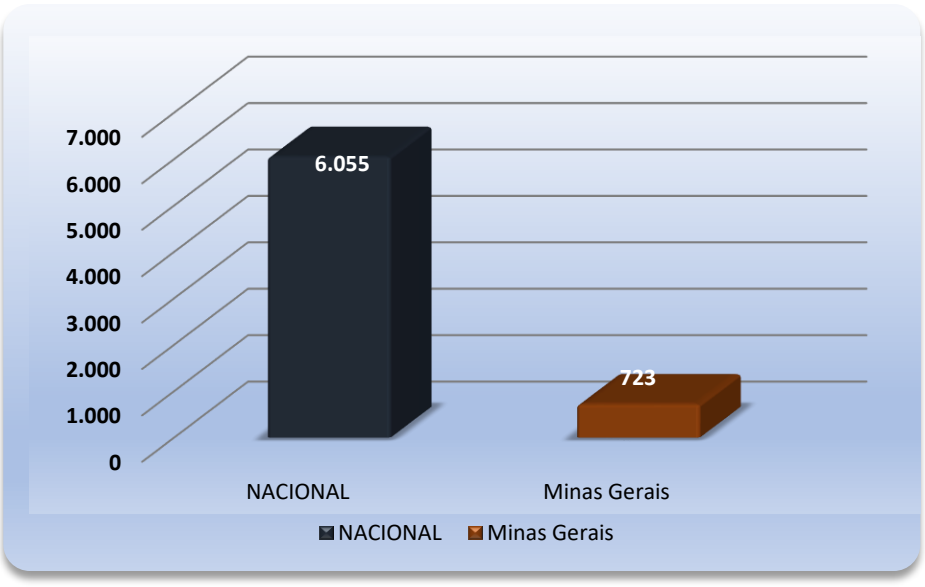
No ano de 2024, especificamente no 1º semestre, foram concedidas 173.577 Saídas Temporárias, sendo 66.246 só no Estado de Minas Gerais. Os abandonos, lado outro, malgrado o aumento de mais de 50.000 concessões em relação ao mesmo período do ano anterior, se manteve em média estável: foram 6.055 abandonos, sendo 723 no Estado de Minas Gerais (Sisdepen, 2024):

Gráfico 5 - Saídas Temporárias 1/2024



Fonte: Elaborado pela autora com base nos dados estatísticos do sistema penitenciário do Relatório de Informações Penais – 1/2024, confeccionado pela Secretaria Nacional de políticas penais.

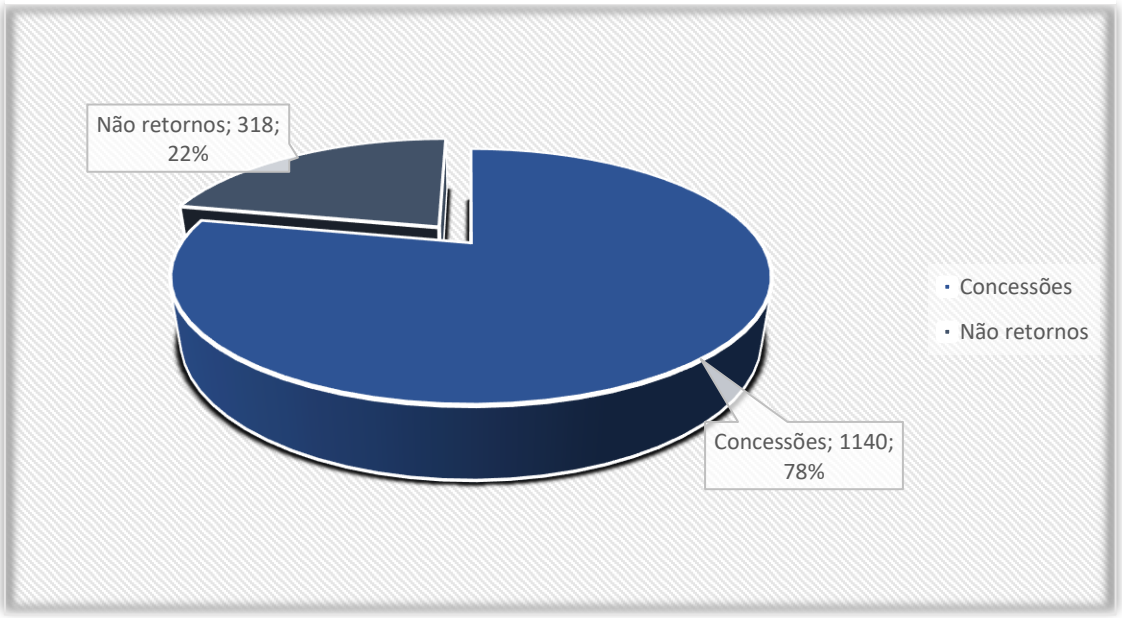
Gráfico 6 - Não retornos às Saídas Temporárias - 1/2024



Fonte: Elaborado pela autora com base nos dados estatísticos do sistema penitenciário do Relatório de Informações Penais – 1/2024, confeccionado pela Secretaria Nacional de políticas penais.

No Rio de Janeiro, a proporção se mantém parcialmente distinta, tendo sido concedidas no 1º Semestre de 2024, 1.440 Saídas Temporárias, sendo 318 abandonos, com uma média de abandonos de 22% (Sisdepen, 2024):

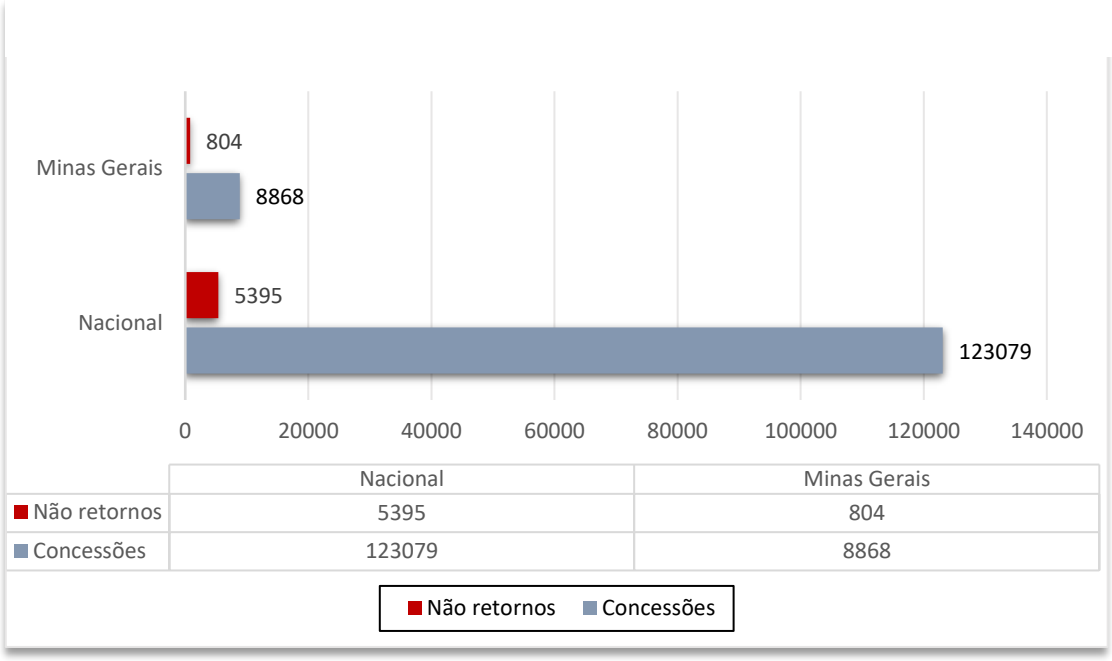
Gráfico 7 - Saídas Temporárias 1/2024 - Rio de Janeiro



Fonte: Elaborado pela autora com base nos dados estatísticos do sistema penitenciário do Relatório de Informações Penais – 1/2024, confeccionado pela Secretaria Nacional de políticas penais.

Já no 2º Semestre de 2024, foram concedidas 123.079 Saídas Temporárias, tendo sido registrados 5.395 abandonos, uma média nacional de 4,38%. No Estado de Minas Gerais, foram 804 abandonos para 8.868, uma média mais alta que as demais observadas para o Estado, sendo um total de aproximadamente 9%, superando, inclusive, a média nacional (Sisdepen, 2024):

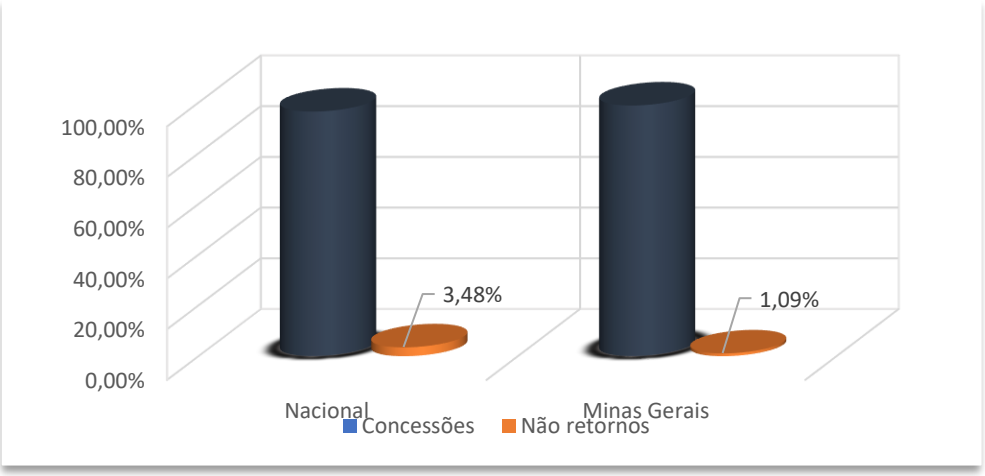
Gráfico 8 - Média nacional e em MG: Saídas Temporárias 2/2024



Fonte: Elaborado pela autora com base nos dados estatísticos do sistema penitenciário do Relatório de Informações Penais – 2/2024, confeccionado pela Secretaria Nacional de políticas penais.

Ou seja, vê-se que a média nacional se mantém entre 4% e 6% de descumprimentos e, apesar do aumento nas concessões no 1º Semestre de 2024, apresentou, nesse mesmo período, média de abandonos de 3,48% e, no Estado de Minas Gerais, de 1,091% (Sisdepen, 2024):

Gráfico 9 – Percentuais de abandonos: Saídas Temporárias 1/2024



Fonte: Elaborado pela autora com base nos dados estatísticos do sistema penitenciário do Relatório de Informações Penais – 1/2024, confeccionado pela Secretaria Nacional de políticas penais.

Numericamente, portanto, ao contrário dos discursos entabulados pelo poder legislativo que culminou na extinção das Saídas Temporárias, a única vez em que se foram vistas maiores concessões, foi, também, o período em que houve um menor descumprimento (Sisdepen, 2024).

Além disso, é importante compreender que não se pode afirmar que todo descumprimento de Saída Temporária tem ligação direta com o cometimento de novo delito.

A Secretaria da Administração Penitenciária de São Paulo, por exemplo, expõe em seus dados abertos que no mês de março de 2025, entre novas concessões e pessoas já em fruição dos benefícios, foram verificadas 29.898 saídas, com 1.042 não retornos, dos quais 39 foram recapturados e somente 33 foram presos por novo crime, ou seja, só há comprovação do cometimento de novo crime por 0,11% dos indivíduos beneficiados pelas saídas temporárias (Secretaria da Administração Penitenciária - SAP, São Paulo, 2025):

Gráfico 10 - Registros de Saídas Temporárias - São Paulo, março 2025

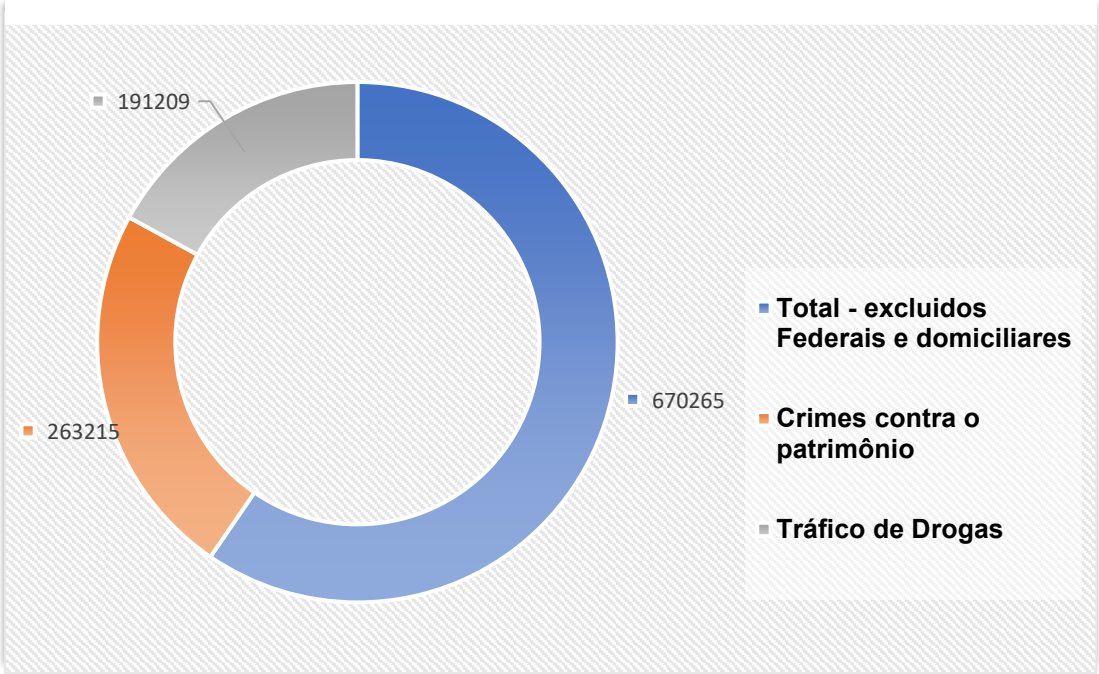


Fonte: Elaborado pela autora com base nos dados estatísticos da Secretaria da Administração Penitenciária do Estado de São Paulo.

Ao cabo, no relatório do 2º Semestre de 2024, vê-se que a população prisional em celas físicas do sistema estadual, ou seja, descontados os

indivíduos em prisão domiciliar com ou sem monitoramento eletrônico e os presídios federais, era de 670.265 pessoas, sendo que 39,3% das pessoas cumprem pena por crimes contra o patrimônio e 28,6% por tráfico de drogas (Sisdepen, 2024):

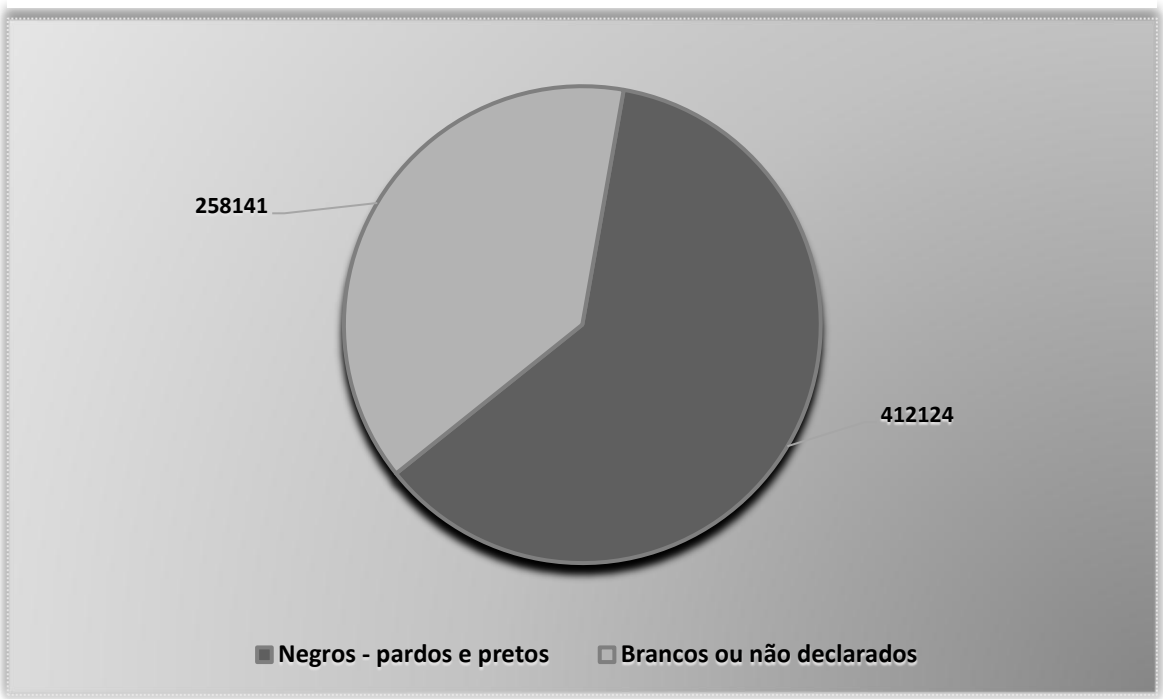
Gráfico 11 - População Carcerária - 2/2024



Fonte: Elaborado pela autora com base nos dados estatísticos do sistema penitenciário do Relatório de Informações Penais – 2/2024, confeccionado pela Secretaria Nacional de políticas penais.

Na categoria cor, neste mesmo período, 100.898 pessoas se identificaram como pretas e outras 311.226, como pardos, compondo ambas a raça negra. Dessa forma, 412.124 das 670.265 se enquadram no perfil negro, no que se incluem, como dito, pretos e pardos (Sisdepen, 2024):

Gráfico 12 - Indivíduos privados de liberdade 2/2024



Fonte: Elaborado pela autora com base nos dados estatísticos do sistema penitenciário do Relatório de Informações Penais – 2/2024, confeccionado pela Secretaria Nacional de políticas penais.

Neste ponto, é preciso compreender as bases angulares daquilo que ancora não só os discursos emergenciais. Como esclareceu Zaffaroni, a eficácia e a neutralidade não andam lado a lado no que tange às leis, mesmo porque, toda lei, opera uma norma de cumprimento não facultativo:

> Em verdade, todo o Direito que pretende eficácia não pode ser politicamente neutro, porque o ser nunca coincide totalmente com o dever ser. Não há lei que mande que o que é seja, que ordene que as pedras caiam para baixo ou que o coração esteja à esquerda. Mas o ser fornece o dado ôntico que limita o dever ser: o ser pode chegar a ser como manda o dever ser, porque um dever ser impossível não é direito [...] (2020, p. 93).

É certo que não se pretende confirmar ou refutar a eficácia das saídas temporárias, o que demandaria de maiores dados, já que não se tem nas pesquisas do Conselho Nacional de Justiça, da Secretaria Nacional de Políticas Penais e, até mesmo das Secretarias Estaduais responsáveis por tais questões,

a exata proporção entre as concessões de um semestre e os não retornos especificamente em relação às novas concessões.

Ou seja, o número de não retornos ou abandonos estampados no decorrer das elucidações aqui discorridas, não necessariamente refletem o abandono daqueles que tiveram concedidas as saídas temporárias naquele período de apuração. Significa dizer que o exame feito pela pesquisa evidencia o total de não retornos, independente do início da concessão do benefício executório.

Ainda que numericamente não se possa negar, ao menos pelo período de 04 semestres analisados (1/2023 a 2/2024), que há uma média nacional de concessões e baixos não retornos ou abandonos, a razão de existência e manutenção das saídas temporárias não se ancora em sua eficácia, mas naquilo que ela é capaz de contribuir ao caráter ressocializador da pena, considerando, a propósito, um sistema vinculado à metodologia progressiva, como é o caso do Brasil.

Em todo caso, não parece ter havido, em algum momento, grande desvio da média padrão de abandonos e não retornos, já que, como dito ainda na Introdução da presente pesquisa, quando da primeira propositura de um Projeto de Lei que visasse a extinção das saídas temporárias, no ano de 2011, a própria justificativa de proposição afirmava que o número de não cumprimentos girava em torno de 8% (oito por cento):

> A lei de execução penal vigente permite aos condenados no mínimo cinco saídas temporárias sem escoltas, em épocas como do Dia das Mães, Páscoa e Natal. Na última Páscoa, a liberdade provisória assegurada pelo indulto abrangeu cinco dias. Apenas no Estado de São Paulo, saíram 10.973 condenados dos quais 851 deixaram de retornar, o que corresponde a uma porcentagem de evasão de 7,78% (Câmara dos Deputados, 2011, p. 3).

Dessarte, o discurso, portanto, não é guiado pela lógica proporcional entre concessões e abandonos, de modo tal que, mesmo que os índices fossem ainda menores, a narrativa que prevalece, como visto, tem relação direta com o discurso emergencial, sua pretensa resposta social e a suposta diminuição da criminalidade.

Nesse sentido, a visão daquele que comete o delito independe da eficácia de uma medida punitiva, vez que, em qualquer caso, ele continua a ser um indivíduo que merece a segregação e que corrobora ao sensacionalismo

midiático da cultura do medo. Como já ensinou Salo de Carvalho, opera-se, a partir disso, a exploração da já discutida insegurança social:

> A compreensão do criminoso como um ser bárbaro, como um estrangeiro da cultura (civilização), facilita a consolidação de um discurso moralizador que explora os sentimentos de medo e de insegurança social a partir da superexposição de marcadores publicitários como a impunidade dos crimes e a periculosidade dos criminosos. A série de elementos narrados – lógica maniqueísta (“bem” versus “mal”); naturalização do crime (dano irreparável); estetização do criminoso (bárbaro); exploração político-criminal do medo e da insegurança – permite perceber como os discursos da criminologia ortodoxa (punitivista) e as narrativas do jornalismo sensacionalista criam uma base de compreensão da questão criminal narcotizada, sem correspondência com a realidade empírica do problema (2024, p. 424).

Como também aclarou Zaffaroni, essa dicotomia entre heróis e traidores "[...] desemboca em outra via de legitimação do próprio poder punitivo", ratificando a lógica do grande encarceramento (2021, p. 116-118).

Assim, o poder punitivo, ao mesmo tempo em que opera a manutenção da marginalização do já tratado perfil carcerário, também está submetido ao novo poder do mercado, que, a seu turno, controla a mídia. Esta última, provoca aquilo que Zaffaroni intitulou como sendo uma espécie de "controle social medieval digital" (2023, p. 173).

Dissecando o termo e a sua lógica operacional, significa dizer que o poder punitivo, ora adstrito ao maior dos deuses – o mercado – (vide capítulo 2, item 2.3 desta pesquisa), corroborado pela atuação da mídia a seu favor, movimenta a espetacularização da violência, criando uma realidade paralela que, concomitantemente, controla a percepção social e transforma a lei penal em um instrumento de resposta ao medo social, a despeito dos dados ou da melhor aplicação dos Direitos Humanos (Zaffaroni, 2023, p. 174).

Especialmente na execução penal, ora se pretende propor um raciocínio, ainda que embrionário, que busque construir o cumprimento da reprimenda em três premissas básicas: o respeito ao sistema progressivo, o afastamento da validação da pena como legitima em si mesma e o zelo aos Direitos Humanos como direito intrínseco.

5 EM CONTRASSENSO À HEGEMONIA MARGINAL: POR UMA PROPOSTA REDUTORA DE DANOS NA EXECUÇÃO PENAL BRASILEIRA

Esclareça-se, de antemão, aquilo que se entende como sendo a razão primeira da denominada hegemonia marginal: para Zaffaroni, há uma necessária diferença entre a realização dos crimes e das macros criminalidades no Sul e no Norte Mundial, consubstanciadas, essencialmente, pela história de trás da construção de cada um desses continentes (2021, p. 30).

Pertinente exemplo dá o referido autor quando elucida a dinâmica de atuação da criminalidade financeira no tráfico de drogas, situação em que, o hemisfério norte mundial, em que pese produza e revenda a cocaína a nível mundial, continua sem suportar as consequências do uso e revenda em massa[19].

> Nesse tráfico, o Norte mantém uma rede de distribuição bem azeitada que não o afeta e na qual se retém a maior parte do rendimento (devido à grande diferença entre o preço originário e o preço pago pelo consumidor), enquanto a concorrência letal entre concessionários e outros efeitos negativos permanecem no sul. O controle policial transnacional da proibição funciona como um conselho regulador do preço internacional: quando a oferta baixa e o preço sobre demasiadamente, relaxa o controle e vice-versa (Zaffaroni, 2021, p. 31).

Na realidade, o sistema punitivo desempenhou, ao longo da história mundial e brasileira, um importante papel no controle social disciplinar. Numa primeira ótica, se deu sob o comando do colonialismo em sentido estrito, que buscava, de fato, se apoderar dos territórios brasileiros quando da vinda de Portugal (Devos, 2019, p. 120).

Ato contínuo, com a revolução industrial e a ascensão do capitalismo, passou a ganhar espaço o neocolonialismo, por sua vez, marcado pela junção entre a correição e criminologia positivista que passou a empregar "[...] uma série de tentativas de adaptação do nosso sistema penal, para que fosse otimizada a

[19] Por criminalidade financeira se compreende a lógica criminal advinda do totalitarismo financeiro, que, por sua vez, diz respeito ao controle mundial por meio do mercado, marcado pela entrega do poder às grandes multinacionais que hoje comandam o dinheiro, a mídia e, em consequência, as políticas criminais. Sobre isso elucidou Zaffaroni que "esse novo totalitarismo é diferente daqueles do período entreguerras, porque a liderança totalitária não é exercida por políticos, mas pelos presidentes das empresas (*chief executive officers*), que também não são proprietários do capital, mas sim tecnocratas" (2021, p. 29).

sujeição dos desviantes no marco epistêmico e econômico daquele tempo" (Devos, 2019, p. 121).[20]

Por fim, passou a viger aquilo que Zaffaroni denominou como sendo o tardocolonialismo, representado pela disputa do poderio entre a dimensão política e a econômica, com a clara vitória desta última, reduzindo "[...] o espírito liberal ao liberalismo econômico sem freios" (Devos, 2019, p. 123).

É nesse sentido, pois, já na esfera do tardocolonialismo, que a política de criminalidade, pautada na lógica globalizada do mercado, mantém no hemisfério sul as concentrações de letalidade, pobreza e a noção antipatizada do criminoso. É como se a formalidade legal, adotada no Norte, fosse abandonada no Sul, legitimando aquilo que Zaffaroni chamou de genocídio por gotejamento, ou seja, a morte em massa de populações subdesenvolvidas (2021, p. 38).[21]

Também não é desconhecido que a colonização se deu, propriamente, por meio da escravização dos povos negros e, no Brasil, também dos índios, de modo que a hierarquia se guiava pela necessidade de dominação em favor do trabalho forçado. Outrossim, é importante rememorar que o conceito de classe surge em momento posterior, já nos meandros da Revolução Industrial e da figura do proletariado, o que permite concluir que, até a esse momento, embora ainda não fosse classista, a sociedade já era essencialmente racista (Zaffaroni, 2021, p. 64).

Como visto em capítulo anterior, os crimes de maior ocorrência no Brasil dizem respeito à delitos em desfavor do patrimônio, o que, como também já se explicou, colide fundamentalmente com a posição divina do mercado. Sobre isso,

---

[20] Por correcionalismo penal há que se compreender uma corrente jurídico penal com a ideia de correção do comportamento desviante: O projeto correcionalista representou uma ruptura com o retribucionismo tão atrelado aos excessos de poder do Antigo Regime. Nada obstante, a crítica que se instalou sobre ele já na década de 1970 implicou, de certo modo, um retorno ao discurso retributivista, que renasceu fortalecido diante da inquestionável incapacidade do welfarismo penal de alcançar os resultados preventivos da forma como se propunha fazer. As pretensões do programa de ressocialização foram consideradas falaciosas, pois, em nome do tratamento do criminoso, incorria-se em abusos que violavam seus direitos. Viram-se, escondidas por trás do paternalismo correcionalista, simples opressão política e dominação social (Gomes, 2013, p. 44)

[21] Esclarece Zaffaroni que o hemisfério Sul conhece políticas punitivas desconhecidas no Norte: "automatização da política, execuções sem processo, falsos positivos, tortura, grupos parapoliciais, envolvimento de exércitos, prisões deterioradas como campos de concentração, elevada mortalidade e morbidade prisional, mais da metade dos prisioneiros sem condenação, cultura de assassinos profissionais, crimes de ódio, perseguição de opositores e dissidentes, crianças de rua, prostituição infantil tolerada, acobertamento do tráfico de pessoas, remoções massivas da população, altas taxas de morte violenta, impunidade de homicídios, etc. (2021, p. 38)

Zaffaroni, elucida as seis principais multifunções da delinquência comum, conforme se passa a parafrasear:

a) Em um primeiro momento, cumpre o papel de promover a política de guerra entre os próprios excluídos, já que, à medida que são alvos dos crimes patrimoniais, aderem às políticas emergenciais de combate à criminalidade (2021, p. 90);

b) Ao fragmentar a classe excluída, tal movimento enfraquece a noção de pertencimento, de modo que "a conflitividade entre os excluídos impede o diálogo e a organização, que são pressupostos de um protesto racional [...]" (2021, p. 91);

c) Ato contínuo, sem protesto racional, se legitima a alta letalidade, geralmente em desfavor dos grupos mais vulneráveis (2021, p. 92);

d) Estrategicamente, promove a criação da casta de párias, ou seja, a seleção daqueles que não merecem a aceitação social, sendo enxergados como infra-humanos, fato que é disseminado pelos partidos únicos midiáticos e tem como consequência final o distanciamento da percepção individual em relação àquelas pessoas. Em linhas gerais, a ascensão é entendida como consequência do distanciamento desses seres, ao mesmo tempo enfraquecendo o pertencimento e fortificado a rejeição, promovendo aquilo que Zaffaroni intitulou como um "duplo jogo de mobilidade social" (2021, p. 93-94);

e) Ainda, conjunta na atribuição dos populares a ótica da desordem, de maneira a ratificar a política de encarceramento em massa e, simultaneamente, compreender qualquer convicção distinta disso como mera utopia (2021, p. 95); e

f) Fomenta a "canalização da vingança, afastando-a do poder dominante". Noutros termos, significa dizer que a culpa ou a razão final da delinquência é afastada do poder hegemônico, sendo focalizada na casta de párias, por sua vez, supostamente protegida pelos partidos populares (2021, p. 97).

Toda essa dinâmica conclui pela teoria criminológica crítica do realismo marginal, emplacado por aqueles que detém o poder para manutenir os grupos excluídos em locais de subalternidade, especialmente se valendo de argumentos que visam proteger a propriedade como única forma possível de alcançar a segurança.

Têm-se, pois, a aplicação de um sistema dogmático de classificação, antagônico a um modelo teleológico:

> Todo sistema dogmático do delito pode se reduzir a duas espécies: dogmáticas classificatórias, isto é, sistemas inspirados por certo pragmatismo, renunciando qualquer indagação sobre sua funcionalidade perante o poder punitivo; e dogmáticas teleológicas, que explicitam suas funções perante o poder punitivo, adotando referências às finalidades atribuídas ou não à pena (Ferraz, 2021, p. 25).

A compreensão desses fatores desagua na hegemonia do poder de exclusão amparado por um realismo marginal que, acredita-se, somente pode ser mitigado se adotado um critério redutor da pena conduzido pelo anseio de diminuir a sub-humanização.

5.1 A pena a partir da teleologia redutora de danos

Em um primeiro momento, há que se esclarecer aquilo que se compreende como sendo uma política redutora de danos. Isto porque, em que pese sejam diversas as teorias criminológicas críticas que sustentem a necessidade de tal aplicação, não se verifica, de pronto, uma definição metodológica ou ao menos embrionariamente epistemológica do que seria tal medida.

Neste ponto, não se sustenta que as teorias garantistas clássicas não vissem, ao menos em tese, reduzir os danos advindos da pena, mas, ao considerá-la legitima em si mesma, ocultam da esfera de proteção o sujeito que suporta a pena (Carvalho, 2024, p. 187).

Por conseguinte, por meio da teoria agnóstica da pena tornar-se-ia possível a reflexão acerca dos limites legítimos do dever poder de punir, vez que, em essência, esta teoria, como visto, questiona inclusive a própria conceituação e aplicação da pena:

> A adoção da perspectiva agnóstica possibilita, igualmente, negar os universalismos próprios das teorias metafísicas dos direitos humanos, abrindo espaço para que possam ser pensadas racionalidades de resistência que conduzam ao universalismo de contraste (Carvalho, 2024, p. 187)[22].

[22] Em esclarecimento da conceituação do que seria o denominado universalismo de contraste, esclarece Salo de carvalho o que segue: Um universalismo impuro que busca a inter-relação em vez da sobreposição. Um universalismo que rejeita a visão microscópica de nós mesmos imposta

Lado outro, é na execução penal que a pena se torna fardo a ser efetivamente suportado sob a ótica procedimental que, vale rememorar, é regulada por legislação anterior a própria Constituição Federal. A LEP, originariamente vigente desde o ano de 1984, surgiu em meio ao movimento da nova defesa social, ancorada na ideia de ressocialização e, por consequência, crendo na prevenção especial positiva (Carvalho, 2024, p. 211).[23]

Com a posterior promulgação da Constituição, muito embora tenham sido traçados limites ao poder de punir – como por exemplo a impossibilidade de penas cruéis ou perpetuas – não houve, como brevemente explanado em capítulo anterior, definição específica da razão pela qual a pena deve ser aplicada (Carvalho, 2024, p. 212).

Em outras palavras, em que pese tenha esclarecido como deve ser cumprida a pena, não há elucidações de sua razão justificante. Destarte, é justamente porque não se explica a sua razão fundante, mas tão somente o *modus operandi*, que se sustenta a necessidade da imposição de uma política que reduza os danos da pena – sem que se busque, necessariamente justificá-la.

No mesmo sentido, note-se:

> A consequência do entrelaçamento entre a ausência do discurso legitimador e a determinação de critérios limitativos à interpretação, aplicação e execução é a projeção de política punitiva de redução de danos.
> O delineamento das penas na Constituição em momento algum flerta com fins, funções ou justificativas, indicando apenas meios para minimizar o sofrimento imposto pelo Estado ao condenado (Carvalho, 2024, 212).

Eis, portanto, a conclusão entabulada pela teoria redutora de danos: uma vez negada a crença punitiva em razão da ausência de justificante da pena constitucional, a via para sua aplicação legítima somente dar-se-á acaso

---

pelo universalismo inicial ou pelo conceito de linhas paralelas. Um universalismo que nos impulsiona a abandonar todas as formas de fechamento, sejam culturais ou epistêmicas, em favor de energias nômades, migratórias e móveis que nos permitam transitar por diferentes perspectivas sem negá-las, ou reivindicar como nossas, a possibilidade de lutar pela dignidade humana (2024, p. 187).

[23] O movimento da nova defesa social pode assim ser definido: "A Nova Defesa Social não se caracteriza como um programa técnico de modificações regulamentares, mas, sim, como um verdadeiro estado de espírito, ou, nas palavras de Ancel, "por uma tomada de consciência acerca de necessidades sociais e éticas novas, em face das antigas estruturas, e de tradições obsoletas" (Júnior, 1991, p. 57).

ancorada em sua limitação, já que "a cadeia principiológica definida pela Constituição, ao optar pela exclusiva fixação de limites à forma (meios), supera as finalidades históricas das penas, concebendo política criminal ciente dos danos causados" (Carvalho, 2024, p. 213).

Dessa forma, a pena como redução de danos não é um método para sua aplicação legítima, mas uma forma de enxergar a sua própria legitimidade, que somente se justifica para amenizar-se: "[...] reduzir dor e sofrimento (danos) seria o único motivo de justificação da pena nas atuais condições em que é exercida, principalmente nos países periféricos" (Carvalho, 2024, p. 214).

É concluir que a pena não existe em um por quê, mas em um como. Ao cabo, seria, por conseguinte, afastar da pena sua crença punitiva socialmente disseminada, mas constitucionalmente não definida, restando a esta a função de mitigar suas próprias lesões.

Quanto a isso, delimita Salo de Carvalho, especificamente acerca da compreensão da pretensão da teoria teleológica redutora de danos da pena:

> A convergência é possível com a elaboração de teoria normativa limitadora informada por política de redução de danos, a qual compreenderia estratégias de contração da dor decorrente da imposição da pena com a instrumentalização de mecanismos processuais de proteção do mais débil (réu/condenado) contra sanções vingativas e desproporcionais, a partir do reconhecimento da natureza política da resposta estatal ao desvio punível.
> Não mais teorias justificativas do poder de punir, mas planos estratégicos de contração das violências das agências de punitividade (2024, p. 215).

Por isso é que esclarece o referido criminólogo crítico que o abandono das teorias justificacionistas é justamente o "[...] efeito primeiro da adoção da perspectiva agnóstica de redução dos danos penais" (Carvalho, 2024, p. 219).

Na realidade, se a pena é uma realidade política "[...] a minimização dos poderes arbitrários exsurge como reação igualmente política". Tal intenção, portanto, perpassa todas as fases da pena desde a sua cominação, fundamentada, sobretudo, na proporcionalidade que é princípio constitucional devido a esta (Carvalho, 2024, p. 220).

Passa-se, pois, a neutralizar os efeitos da pena, não mais o sujeito que a suporta. Nas palavras de Bitencourt, a teoria agnóstica de pena poderia ser resumida com a "[...] excepcionalidade da pena de prisão; vedação de penas cruéis e degradantes; garantia da individualização das penas e dignidade dos apenados" (2024, p. 485).

5.2 A redução de danos na execução penal brasileira e a Lei nº 14.843/2024

Há muito já esclarecia Franscesco Carnelutti que a pena mais se assemelha a um cemitério em que tem no condenado um sepultado vivo. Dizia, nesse sentido, que "[...] a decisão condenatória, com o aparato que todos conhecem mais ou menos, é uma espécie de funeral; terminada a cerimônia, [...], retomasse, para cada um de nós, a vida cotidiana e, pouco a pouco, não se pensa mais no falecido" (2013, p. 37).

Ainda que ancorada na redução de danos, a pena é forma de sanção em si mesma, de maneira que mesmo a criminologia crítica já adverte para o risco de que medidas substitutivas resultem tão somente em seu fortalecimento:

> Apesar de ser absolutamente salutar qualquer medida que minimize o sofrimento das pessoas encarceradas (política de redução de danos), tornando menos aflitiva a sanção penal, é importante diagnosticar o grau de legitimação que as medidas substitutivas podem realizar no sistema punitivo. A questão que se coloca é se com a adoção dos substitutivos penais a própria prisão, como sanção por excelência, não restará fortificada (Carvalho, 2024, p. 206).

O referido não significa, contudo, concluir que a resposta à dor penal seria, o abolicionismo integral da pena. Em verdade, no Brasil, a persecução criminal é de ordem constitucional, mas ainda assim "[...] abre espaço para, no campo da política criminal e da atuação cotidiana dos atores do direito penal, sejam elaboradas práticas voltadas à redução dos danos causados pelas violências do sistema penal" (Carvalho, 2024, p. 209).

É pertinente, ainda, trazer à baila o papel fundamental do abolicionismo na construção de uma pena redutora de danos, vez que se comporta como uma "utopia orientadora de extrema importância heurística". Noutros termos, é dizer que, embora não aplicável ao Brasil, se presta a demonstrar o necessário afastamento da pena como forma legitima de punição por excelência (Carvalho, 2024, p. 209).

Especificamente na Execução Penal, a teoria redutora de danos, como ensinou Rodrigo Duque Estrada Roig, parte de duas bases angulares: se, de um lado, somente considera dispositivos recepcionados pela Constituição Federal, de outro faz valer os aparatos redutores mencionados na própria Carta Magna, operando aquilo que chamou de "[...] uma útil forma de ruptura com o isolamento antidemocrático sofrido pela Lei de Execução Penal [...]" (2011, p. 2).

Nesse viés, destaca o autor uma série de direitos não efetivados na execução penal, no que se destaca, por exemplo, o direito ao salário-mínimo, preconizado pela Constituição sem nenhuma distinção em relação aos presos e mitigado pela LEP em seu artigo 29. Trata-se de claro exemplo em que, muito embora não tenha traçado exceção, a norma de maior hierarquia, se incumbiu de relativizar o direito, a lei especializada (Roig, 2011, p. 7).

De igual forma, a recente Lei em discussão central nesta pesquisa de nº 14.843/2024, além de extinguir as Saídas Temporárias, restabeleceu a obrigatoriedade da realização do exame criminológico para fins de progressão de regime, gerando requisito não constitucional à efetivação do caráter progressivo da pena.

Estabeleceu assim, sob o artigo 112, § 1º da LEP, a seguinte redação:

> § 1º Em todos os casos, o apenado somente terá direito à progressão de regime se ostentar boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento, e pelos resultados do exame criminológico, respeitadas as normas que vedam a progressão (Brasil, 2024).

Quanto a isso, em um estudo realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN, ainda no ano de 2020, já se advertia quanto a continuidade da prática do exame criminológico como meio à progressão de regime. Isso porque, malgrado a sua inexigibilidade a partir de 2003, somente retornada em 2024, sua realização foi parcialmente mantida, obstaculizando a fruição de políticas que, ao contrário, corroborassem a minimização dos danos da reprimenda imposta:

> [...] A obrigatoriedade dos Exames Criminológicos como instrumento para a concessão de direitos de progressão de pena foi extinta pela Lei 10.792/03. Entretanto, a alteração legislativa, que excluiu da LEP os artigos que definiam aquele referencial da criminologia positivista, mantendo apenas o propósito de individualização da pena como atribuição das Comissões Técnicas de Classificação, não foi seguida de uma completa extinção do uso que lhe era dado anteriormente. [...] A manutenção desse referencial positivista, centrado em conceitos de normalidade e de adequação ou correção da personalidade dos sujeitos encarcerados, bem como a ocupação de boa parte do tempo das equipes técnicas em dedicação a este instrumento, impedem que sejam instaurados políticas e procedimentos de garantia de direitos e de minimização dos efeitos da prisão sobre o cotidiano das pessoas privadas de liberdade (Depen, 2020, p. 23).[24]

[24] A jurisprudência também se consolidou a favor da exigibilidade do Exame Criminológico, a depender do caso concreto. É o que se vê da Súmula Vinculante 26 e da Súmula 439 STJ, *in verbis*: "Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada" (Brasil, 2010).

Ao contrário da extinção do instituto das saídas temporárias, a obrigatoriedade do exame criminológico não suportou óbices junto ao poder executivo, não tendo sido vetado, razão pela qual foi promulgado e publicado quando da finalização do processo bicameral e demais expedientes, aos 11 de abril de 2024.

O exame é coordenado pela Chamada Comissão Técnica de Classificação, cuja composição mínima consta do artigo 9º, da Portaria MJ nº 2.065/2007:

> Art. 9º A Comissão Técnica de Classificação será composta, no mínimo, dos seguintes membros: I - Diretor do estabelecimento penal federal, na qualidade de presidente; II - Chefe da Divisão de Segurança e Disciplina; III - Chefe da Divisão de Reabilitação; IV - Chefe do Serviço de Saúde; V - dois médicos, sendo um psiquiatra; VI - um psicólogo; VII - um assistente social.

Além disso, a LEP, em seu artigo 7º, tratou de esclarecer a divisão mínima dos profissionais atuantes na Comissão Técnica de Classificação, bem como a atuação nos Exames Criminológicos:

> Art. 7º A Comissão Técnica de Classificação, existente em cada estabelecimento, será presidida pelo diretor e composta, no mínimo, por 2 (dois) chefes de serviço, 1 (um) psiquiatra, 1 (um) psicólogo e 1 (um) assistente social, quando se tratar de condenado à pena privativa de liberdade.

Após a vigência da legislação em comento, ainda no ano de 2024, o CNJ realizou um compilado de informações acerca dos impactos da Lei nº 14.843/2024, as quais foram inseridas na ADI 7.663/DF, ocasião em que destacou que "[...] o SEEU registrou a realização de 29.364 exames criminológicos para subsidiar a decisão dos juízes e juízas, acerca de progressões de regime” (2024, p. 15).

Ademais, frisou o estudo que "[...] em 2023, 99,6% (1.528) das unidades prisionais do Brasil não possuíam psiquiatras". Ao todo, o sistema carcerário dispunha, segundo os dados informados, de "[...] 149 psiquiatras, 704 psicólogos e 944 assistentes sociais em condições de realizar exames criminológicos” (CNJ, 2024, p. 17).

Para simular os possíveis custos advindos da nova lei, o CNJ calculou o valor mensal a ser gasto com cada profissional da equipe multidisciplinar, se produzidos uma média de relatórios mensais e levando em conta, entre outros

fatores, os períodos de férias e a projeção em relação às progressões concedidas no ano de 2023. No total, seriam gastos R$ 13 milhões mensais e R$ 170 milhões anuais (2024, p. 19).

Em todo caso, se forem mantidas as equipes já existentes nacionalmente (149), com capacidade para 2 exames criminológicos por dia e 40 mensais, seriam feitos, em todo o Brasil, 5.960 exames a cada mês. Por isso, em 01 ano, aproximadamente 283 mil pessoas deixariam de progredir, resultando em um gasto de 6 bilhões para manutenção dos presídios e uma média de 197 dias a mais de prisão por cada indivíduo que aguarda o exame criminológico.

Como consequência final, em 04 anos, o déficit de vagas no sistema prisional seria de 176% (CNJ, 2024, p. 22).

Naquilo que toca às Saídas Temporárias, destacou a pesquisa que as alterações promovidas pela legislação em exame já estão submetidas à apreciação do STF, nas seguintes Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs): "7663, 7665, 7672 e 7678, movidas pela Associação Nacional da Advocacia Criminal (ANACRIM), Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos (ANADEP) e Partido Socialismo e Liberdade (PSOL)" (CNJ, 2024, p. 29)[25].

---

[25] Acrescente-se, ainda o tema de Repercussão Geral de nº 1.381, que visa verificar a irretroatividade, ou não, da Lei nº 14.843/2024 conforme a seguinte Ementa:
Direito constitucional e penal. Recurso extraordinário. Retroatividade de alteração da Lei de Execução Penal. Saída temporária e trabalho externo. Repercussão geral. I. Caso em exame 1. Recurso extraordinário contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina que afirmou a irretroatividade da Lei nº 14.843/2024, que alterou a Lei de Execuções Penais (LEP) na parte relacionada à saída temporária e ao trabalho externo. Isso ao argumento de que as modificações seriam mais gravosas aos apenados, de modo que não poderiam ser aplicadas na execução de condenação por crimes praticados antes da vigência da lei. II. Questão em discussão 2. A questão em discussão consiste em saber se é possível aplicar a Lei nº 14.843/2024, que alterou os institutos da saída temporária e do trabalho externo na LEP, para crimes praticados antes de sua vigência, em razão da garantia de irretroatividade da lei penal mais gravosa. III. Razões de decidir 3. O debate sobre a constitucionalidade dos arts. 2º e 3º da Lei nº 14.843/2024, que alteraram os institutos da saída temporária e do trabalho externo na LEP, é objeto das ADIs nº 7.678, 7.663, 7.665 e 7.672. As ações diretas, contudo, não tem o efeito de sobrestar os recursos extraordinários sobre a aplicação da lei nova na execução de crimes cometidos antes de sua vigência. 4. O Supremo Tribunal Federal, no Tema 1.319/STF (RE 1.464.013), reconheceu a repercussão geral da controvérsia sobre a aplicação retroativa de parte mais benéfica de lei penal sobre progressão de pena (art. 112, VI, a, da LEP, com a redação da Lei nº 13.964/2019) ao apenado por crime hediondo. 5. Constitui questão constitucional relevante a discussão sobre a aplicação da Lei nº 14.843/2024, que alterou o art. 122 da LEP, na execução de pena por crimes anteriores à sua vigência, para impedir: (i) saídas temporárias ou trabalho externo sem vigilância direta do condenado por crime hediondo ou com violência ou grave ameaça contra pessoa (§ 2º do art. 122 da LEP); e (ii) saída temporária sem vigilância direta para visita à família (inciso I do art. 122 da LEP) e para participação em atividades que concorram para o retorno ao convívio social (inciso III do art. 122 da LEP), independentemente da natureza da infração penal praticada. IV. Dispositivo 6. Repercussão geral reconhecida para

Rechaçando a ideia de que se trata de instituto cujas estatísticas conduzem à necessidade de extinção, como também já destacado no tópico 4.3 desta pesquisa, frisou o CNJ que, entre os anos de 2021 e 2023 "[...] entre 96,1% e 95,8% do total de pessoas retorna às unidades prisionais após uma saída temporária (2024, p. 30).[26]

Outra pertinente conclusão do estudo salta aos olhos: partindo da amostragem por meio do Estado de São Paulo, não foi possível encontrar qualquer relação relevante entre os períodos de concessão das Saídas Temporárias e o aumento das prisões em flagrante:

> A análise não encontrou relação estatisticamente significativa entre as saídas temporárias e o total de flagrantes registrados nas delegacias de polícia durante o período.
> A partir dos registros no Sistema de Audiência de Custódia – Sistac/CNJ no estado de São Paulo, foi possível comparar o total de flagrantes entre as semanas sem saída temporária e as semanas com saída temporária (2024, p. 32-33).

De mais a mais, o movimento de recrudescimento penal na execução vem se destacando especialmente desde a vigência do chamado Pacote Anticrime. Na ocasião, a Lei nº 13.964/2019, já havia proibido a utilização das saídas temporárias por indivíduos que cumprissem pena por crime hediondo com resultado morte, conforme artigo 122, § 2º, da LEP, atualmente revogado pela Lei nº 14.843/2024.

Em extensão do escopo punitivo, a mais recente lei em voga, além de, como dissertado em capítulo anterior, afastar as saídas temporárias com foco no retorno ao convívio familiar, também elasteceu a proibição de aplicação, de modo que o artigo 122, § 2º, da LEP, passou a contar com a seguinte redação:

> § 2º Não terá direito à saída temporária de que trata o **caput** deste artigo ou a trabalho externo sem vigilância direta o condenado que cumpre pena por praticar crime hediondo ou com violência ou grave ameaça contra pessoa.

---

a seguinte questão constitucional: saber se a aplicação da Lei nº 14.843/2024, sobre saída temporária e trabalho externo do apenado, na execução de pena por crimes praticados antes de sua vigência, viola a garantia de irretroatividade da lei penal mais gravosa (inciso XL do art. 5º da Constituição) (RE 1532446 RG, Relator(a): ministro presidente, tribunal pleno, julgado em 11-03-2025, processo eletrônico dje-084 divulg 13-03-2025 public 14-03-2025).

[26] Outra interessante observação do estudo diz respeito à determinação de que o SEEU suporte alteração e passe a prever, obrigatoriamente, o campo de preenchimento quanto a Saída Temporária, circunstância que muito facilitaria a apuração mais exata dos números de concessões e não retornos deste benefício (CNJ, 2024, p. 31).

Nesse diapasão, as medidas em vigor desde o ano de 2024, em que pese tenham ocorrido sob o escopo de robustecer a segurança pública, não possuem, até o presente momento, fundamentação estatística que a ampare. Da mesma sorte, não se verifica concordância doutrinária a esse respeito, ao menos em atenção àqueles autores que aderem ao garantismo penal, quer seja clássico, quer seja humano, quer seja agnóstico.

Não é demais frisar o Estado de Coisas Inconstitucional do Sistema Carcerário asseverado pelo Supremo Tribunal Federal – STF no bojo da ADPF nº 347. Na ocasião, restou enfatizada a violação massiva de direitos fundamentais do preso:

> 1. Há um estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro, responsável pela violação massiva de direitos fundamentais dos presos. Tal estado de coisas demanda a atuação cooperativa das diversas autoridades, instituições e comunidade para a construção de uma solução satisfatória. 2. Diante disso, União, Estados e Distrito Federal, em conjunto com o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Conselho Nacional de Justiça (DMF/CNJ), deverão elaborar planos a serem submetidos à homologação do Supremo Tribunal Federal, nos prazos e observadas as diretrizes e finalidades expostas no presente voto, especialmente voltados para o controle da superlotação carcerária, da má qualidade das vagas existentes e da entrada e saída dos presos. 3. O CNJ realizará estudo e regulará a criação de número de varas de execução penal proporcional ao número de varas criminais e ao quantitativo de presos.” (ADPF 347, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: LUÍS ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 04 de outubro de 2023, processo eletrônico DJe-s/n, Publicação: 19 de dezembro de 2023).

Veja-se que se a aplicação da teleologia redutora de danos pressupõe a aplicação dos direitos fundamentais constitucionais, por óbvio, não pode coexistir em meio ao declarado Estado Inconstitucional do Sistema Carcerário. O contrário culminaria não só na ausência de redução, como também na manutenção da pena como justificante em si mesma, essencialmente baseada no desejo de punir.

5.3 Razoabilidade penal: Saídas Temporárias e Sistema Progressivo

Como esclarecido outrora, o Brasil adota a sistemática progressiva, sendo constitucionalmente proibida a prisão perpetua. Nesse sentido, medidas emergenciais de punição, nesse caso aplicadas na execução penal, além de não

surtirem efeitos comprovados, podem corroborar à desproporcionalidade da pena.

Nas palavras de Bechara, o discurso de punição a qualquer custo põe em cheque, inclusive, a ora criticada racionalidade penal:

> O combate à criminalidade característica da pós-modernidade, mormente aquela ligada às organizações criminosas e aos crimes tecnológicos, vem sendo indevidamente associado à ideia de um Direito Penal de Emergência, excepcional à própria Constituição, no qual as regras de responsabilidade penal e a própria razão jurídica sucumbem diante das razões do Estado, que impõem o combate às formas de delinquência a qualquer custo (Bechara, 2008, p. 419)..

Também sobre isso já exclamou Bitencourt quando das suas elucidações quanto à Falência das Penas de Prisão que, atualmente, a pena tem sido vista, reiteradamente, como forma de combate à criminalidade:

> Criou-se, no imaginário brasileiro, que a solução para a alta criminalidade que assola nosso País é a prisão. Não se discute qualquer outro meio de controle de criminalidade.
> Minto. As alternativas apresentadas se concentram, em sua quase maioria, em aumento de pena, mais requisitos para a progressão de regime e a criação de novos tipos penais (Bitencourt, 2024, p. 687).

Sob a ótica conceitual, pode se definir o princípio da proporcionalidade como sendo a correlação entre a pena aplicada e a conduta criminosa que violou o bem jurídico tutelado pela norma. De modo tal que deve existir "[...] um equilíbrio — abstrato (legislador) e concreto (judicial) — entre a gravidade do injusto penal e a pena aplicada" (Bitencourt, 2024, p. 34).

Em corolário, o princípio da razoabilidade atua como maneira de regulação da aplicação do princípio da proporcionalidade, funcionando como uma espécie de verificação da proporção entre crime e pena. Ao cabo, diz-se que somente se justifica o sistema penal quando "[...] a soma das violências — crimes, vinganças e punições arbitrárias — que ele pode prevenir for superior à das violências constituídas pelas penas que cominar" (Bitencourt, 2024, p. 38).[27]

---

[27] Especificamente quanto a distinção entre proporcionalidade e razoabilidade, esclarece o autor: Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade não se confundem, embora estejam intimamente ligados e, em determinados aspectos, completamente identificados. Na verdade, há que se admitir que se trata de princípios fungíveis e que, por vezes, utiliza-se o termo “razoabilidade” para identificar o princípio da proporcionalidade, a despeito de possuírem origens completamente distintas: o princípio da proporcionalidade tem origem germânica, enquanto a razoabilidade resulta da construção jurisprudencial da Suprema Corte norte-americana. Razoável é aquilo que tem aptidão para atingir os objetivos a que se propõe, sem, contudo, representar excesso algum (Bitencourt, 2024, p. 37).

Desta sorte, inexistindo correlação entre a extinção das saídas temporárias destinadas ao convívio familiar e os índices apurados de descumprimento, há que se questionar qual seria a proporcionalidade da abstenção deste direito executório, sobretudo para que não se legitime a aplicação da pena desarrazoada daquilo que, teoricamente, se busca coibir.

A bem da verdade, a ausência de estudos pretéritos à modificação legal, ocorrida em 2024, bem como os dados preliminares até hoje encontrados acerca do instituto das Saídas Temporárias, conduzem, ainda que de forma preliminar, ao senso de que a sua revogação do ordenamento operou desproporção entre a pena e o delito.

Em consequência, e também por ser benefício próprio ao regime semiaberto, a atual ausência traduz verdadeira relativização do caráter progressivo do sistema penal brasileiro. Ademais, relembre-se um outro importante princípio penal por vezes utilizado pelo STF: a vedação ao retrocesso, sendo o qual direitos fundamentais já atingidos, não poderiam ser, após, subtraídos:

> A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar — mediante supressão total ou parcial — os direitos sociais já concretizados" (ARE-639.337 — Rel. Min. Celso de Mello) (Bitencourt, 2024, p. 45).

Neste ponto, a conexão entre direito fundamental e progressividade da pena, torna-se imprescindível. Veja-se que a própria criação de alternativas penais ocorridas a partir do século XX denotam o caráter de *ultima ratio* que deve ser – sempre – atribuído a pena, inclusive porque esta representa restrição a um direito fundamental:

> Soluções alternativas ao encarceramento foram propostas e aperfeiçoadas no decorrer do século passado, com a criação de inúmeros institutos, como a pena pecuniária, as penas restritivas de direito e a suspensão condicional da pena. A própria ideia de sistema progressivo e do livramento condicional são reflexos da constatação do processo dessocializador operado na prisão (Carvalho, 2024, p. 206).

Como aclarou Roig, justamente neste fundamento reside "a materialização da Justiça Constitucional" advinda da aplicação da pena redutora de danos:

> Enquanto garantia, a aplicação redutora da pena obviamente nutre-se de todos os princípios constitucionais tendentes à mitigação de danos. Assim posto, busca fundamento ético no axioma da Humanidade. Baliza-se por ação do axioma limitador da legalidade. Materializa-se por força da individualização da pena (Roig, 2015, p. 56).

Finalmente, se as saídas temporárias fazem parte dos benefícios inerentes ao caráter progressivo da pena, a sua completa extinção para fins de retorno social não só torna questionável a razoabilidade da medida e, por conseguinte, a sua proporcionalidade, como também afronta, em último exame, o princípio da humanidade das penas.

Nesse viés, intenta-se a percepção restritiva do princípio da humanidade, ou seja, sua concepção vinculada "[...] ao fundamento de que a pena deve sempre considerar a característica de que todo condenado é humano, não podendo ser estabelecida nenhuma sanção visando sofrimento em demasia a ele, pois o Direito não pode desconhecê-lo como pessoa humana" (Lima, 2012, p. 119).

Em verdade, toda pena que pretenda afastar-se dos justificantes punitivos e aperfeiçoar-se na esteira da Constituição Federal, deve levar em conta a noção humana do ser. Desta sorte, a emergência penal, os discursos populistas e os estigmas de inimigo, nada mais operam senão a concretude da ilegitimidade da pena ante a indignidade da pessoa que a suporta. Não há como se ambicionar, enfim, o caráter redutor da pena na execução desatrelado da razoabilidade.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De antemão, ratifique-se o caráter jurídico da pesquisa ora realizado que, quando necessário, valeu-se de teorias sociológicas para melhor elucidar as vertentes adotadas. Em qualquer caso, o presente estudo não tem conexão com quaisquer tomadas de escolhas eleitorais, tampouco se apoia na dicotomia polarizada de representação política no Brasil.

Outrossim, buscou-se verificar as circunstâncias que impulsionaram a extinção das Saídas Temporárias voltadas ao retorno do seio familiar, entendendo-a como aparato executório progressivo, em adequação à vedação de pena perpetua constitucional.

O problema central a ser enfrentado consistiu em avaliar em que medida a alteração promovida pela Lei n° 14.843/2024 e os discursos parlamentares emergenciais que a tangenciaram, influenciam a efetividade do garantismo penal. Nesse escopo, verificou-se que a consequência direta da emergência penal difundida por meio do populismo legislativo foi a extinção de benefício, o que, a seu turno, servia à efetivação de direitos fundamentais, sobretudo a liberdade.

Metodologicamente e em adequação ao tema em pesquisa, vê-se que os dados obtidos de fontes documentais primárias, naquilo que concerne às Saídas Temporárias, não são capazes de confirmar a urgência levantada pelos discursos parlamentares, tampouco confirmam a insegurança pública em razão do benefício executório. No período avaliado, ou seja, nos anos de 2023 e 2024, os índices de não retornos variaram aproximadamente entre 3% e 6% do número total de concessões.

Em exame histórico, verificou-se que a pena suportou modificações na interpretação de seu sentido, sobretudo porque, com o advento do sistema capitalista e da necessidade de se corresponder aos anseios do mercado, o poder e a liberdade não mais são geridos unicamente pelas mãos do poder estatal.

Nesse sentido, verifica-se que os Direitos Humanos, originalmente existente para a proteção dos indivíduos, passou a se vincular, prioritariamente, à proteção das instituições, em um paradoxo contínuo de intervenção humanitária desumana. É dizer, pois, que em favor dos interesses globais

capitais, se legitima a relativização do critério ôntico, selecionando aqueles que devem ser agasalhados pelos Direitos Humanos.

Sob este cenário, em que pese as teorias clássicas da pena representem importante avanço, especialmente se considerada, por exemplo, a perspectiva progressiva do sistema irlandês, há que se adequar não só a forma de punir, mas a maneira de se pensar a pena.

É preciso vislumbrar que a construção das justificantes penais, especialmente se avaliado o contexto brasileiro de colonização, se deu embebido em preceitos hierárquicos de raça e de classe, operando, na atualidade, o denominado realismo marginal do Sul.

Sobre isso, constata-se que o informalismo penal e a predominância econômica do Norte, influenciam globalmente quem são aqueles que devem, ou não, serem vistos como humanos. Em consonância, a ideia de insegurança projetada midiaticamente corrobora à construção quase caricata de um inimigo, confirmando aquilo que Zaffaroni nomeou como sendo uma casta de párias.

Não se pretende com essa afirmação afastar a aplicação da pena, posto que se trata de mandamento constitucional. Ao contrário, é justamente na ordem constitucional que se encontra a razão fundamentada para a utilização de uma noção agnóstica da pena: a própria Constituição Federal não se incumbiu de determinar a razão da punição, se ocupando tão somente das formas de fazê-lo.

Nesse prisma, compreende-se que a pena tem como fundamento a redução de seus próprios danos. Por isso mesmo, restaram avaliadas as noções clássicas de garantismo penal, ora confrontadas com a necessidade de adequação da pena no Brasil a uma perspectiva agnóstica.

Importa consignar que a racionalidade positivista e a legitimidade da Lei são questionadas na medida em que não é possível afirmar como legitima legislação que mesmo sendo formalmente válida viola o fundamento primevo de qualquer Estado com pretensão democrática: a dignidade da pessoa humana e seu direito a ter direitos como característica intrínseca.

Especificamente no que concerne a Lei nº 14.843/2024, vê-se que foram promovidas mudanças significativas na execução penal que, todavia, não encontram, ao menos a priori, razões estatísticas convincentes. No caso do exame criminológico, por exemplo, nota-se que sua obrigatoriedade à

progressão de regime, conforme estudo prévio do CNJ, colaborará à política do encarceramento em massa.

Ao cabo, persiste na extinção das saídas temporárias a inadequação da mudança se observada a característica progressiva da pena, inclusive porque se trata de benefício próprio ao regime intermediário semiaberto que possui avaliação de critérios subjetivos comportamentais. Extirpá-la sob premissas emergenciais é também afastar a razoabilidade da pena, colocando em risco a sua necessária proporcionalidade.

Diz-se, pois, que a pena, caso seja motivada pela ânsia de punir e despreocupada com a minimização de seus próprios efeitos, culmina em sua própria ilegitimidade constitucional, visto que deve se guiar sempre pela necessidade proporcional à circunstância.

Em síntese conclusiva, pode-se elencar as seguintes afirmações extraídas da pesquisa em voga:

i) A legitimidade da lei deve ser interpretada em sentido material, não sendo suficiente a formalidade do processo legislativo, especialmente se da sua existência deriva privação de direito fundamental humano;

ii) As leis e a política não são isentas do contexto em que existem. Destarte, com a ascensão do capitalismo e a necessidade de proteção da propriedade, os Direitos Humanos passaram a ser subjugados em detrimento da proteção das próprias instituições, mais uma vez, revelando a ilegitimidade do próprio poder punitivo;

iii) Os discursos emergenciais, acrescidos do populismo legislativo e da disseminação midiática, corroboram à instituição do ser inimigo, que, portanto, pode ser classificado como desumano. Em teoria criminológica crítica, o poderio do mercado e a sua predominância em detrimento das classes vulneráveis são fatores de relevante observação na verificação da reprodução política da delinquência como necessária a continuidade estratégica da suposta ausência de segurança pública;

iv) Os dados atuais, diferentemente dos discursos analisados, não confirmam a real insegurança advinda da concessão das Saídas Temporárias, tampouco demonstram o índice de reincidência criminal ou cometimento de novo delito no período de fruição do benefício;

v) Uma vez não tendo a Constituição Federal determinado a razão justificante da pena, tão somente enfatizando seus limites, é razoável que esta seja compreendida como um fim redutor de suas próprias lesões, de modo a tornar-se incongruente sob a ótica legal constitucional a pena que se esquive de tal pretensão; e

vi) De igual modo, a pena em sentido redutor não pode se olvidar de sua razoabilidade, sendo crível concluir que, haja vista a ausência de fundamentação comprovada à extinção das Saídas Temporárias, seu perecimento mostra-se incompatível com a necessária proporcionalidade da pena, ferindo, de igual forma, o seu caráter progressivo.

REFERÊNCIAS

Andrade, André Lozano. **Populismo penal:** comunicação, manipulação política e democracia. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.

Anitua, Gabriel Ignacio. **História dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

Araujo Júnior, João Marcello. Os grandes movimentos da política criminal de nosso tempo. In: **Sistema penal para o terceiro milênio: atos do colóquio Marc Ancel.** Rio de Janeiro: Revan, 1991.

Badaró, Tatiana. Garantistas vs. abolicionistas: as críticas de Ferrajoli ao abolicionismo penal e as réplicas abolicionistas ao garantismo penal / Garantists vs. abolitionists: Ferrajoli's critics to criminal abolitionism and the abolitionist's replies to criminal guaranteeism. **Revista quaestio iuris**, *[S. l.]*, v. 11, n. 2, p. 713–736, 2018. DOI: 10.12957/rqi.2018.29636. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/quaestioiuris/article/view/29636. Acesso em: 20 abr. 2025.

Batista, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

Batista, Nilo. **Matrizes Ibéricas do Sistemas Penal Brasileiro** – I. e. ed. Rio de Janeiro, Reva, 2013.

Batista, Vera Malaguti. **Introdução Crítica à criminologia Brasileira**. Rio de Janeiro: Renavan, 2011.

Baratta, Alessandro. **Ressocialização ou controle social: uma abordagem crítica da ''reintegração social'' do sentenciado**. Universidade de Saarland – R.F.A, Alemanha Federal. Disponível em < http://www.egov. ufsc.br>. Acesso em 30 dez. 2024.

_____, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. lineamentos de uma teoria do bem jurídico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais** | vol. 5/1994 | p. 5 - 24 | Jan - Mar / 1994 Doutrinas Essenciais de Direito Penal | vol. 2 | p. 495 - 522 | Out / 2010 DTR\1994\603, Disponível em:

https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7666460/mod_folder/content/0/BARATTA%2C%20Alessandro.%20Fun%C3%A7%C3%B5es%20instrumentais%20e%20simb%C3%B3licas%20do%20direito%20penal..pdf. Acesso em: 02 dez. 2024.

Barreto, Tobias. **Fundamento do Direito de Punir**. In: Estudos de Direito. Campinas: Bookseller, 2000.

_____, Tobias. **Algumas ideias sobre o chamado fundamento do Direito de Punir**. Rio de Janeiro: Escada Pernambuco, 1881. Disponível em: https://bdlb.bn.gov.br/acervo/handle/20.500.12156.3/437538. Acesso em: 02 out. 2025.

Bechara, A. E. L. S. Discursos de emergência e política criminal: o futuro do direito penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, [S. l.], v. 103, p. 411-436, 2008. Disponível em: Discursos de emergência e política criminal: o futuro do direito penal brasileiro | Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (usp.br). Acesso em: 13 ago. 2025.

Beck, Ullrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução: Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

Bicudo, Tatiana V. **Por que punir**? Teoria Geral da Pena, 2ª edição. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2015. E-book. pág.17. ISBN 9788502616721. *Ebook*.

Bitencourt, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal** - Parte Geral-Volume 1 - 31ª Edição 2025. 31. ed. Rio de Janeiro: SRV, 2024. *E-book*.

_____, Cezar R. **Falência da pena de prisão: edição comemorativa**. 6. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur. 2024. *E-book.*

Brandão, Cláudio. **Introdução ao Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____, Cláudio. Epistemologia do Direito Penal: Primeiras Notas. ***Delictae* Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito**, *[S. l.]*, v. 7, n. 12,

2022. Doi: 10.24861/25265180.v7i12.190. Disponível em: https://delictae.com.br/index.php/revista/article/view/190. Acesso em: 22 jan. 2025.

Brandão, Cláudio. A crise da prisão em três centúrias – um estudo à luz do gênesis dos direitos humanos. **Caderno de Relações Internacionais**, *[S. l.]*, v. 11, n. 20, 2020. DOI: 10.22293/2179-1376.v11i20.1254. Disponível em: https://revistas.faculdadedamas.edu.br/index.php/relacoesinternacionais/article/view/1254. Acesso em: 22 dez. 2024.

Brasil. Câmara dos Deputados. **50 anos do Golpe de 1964.** Disponível em: https://www2.camara.leg.br/atividadelegislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/destaque-de materias/golpede1964#:~:text=A%20derrubada%20do%20Presidente%20Jo%C3%A3o,15%20de%20mar%C3%A7o%20de%201985. Acesso em: 28 dez 2024.

_____. **Exposição de motivos nº 213, de 9 de maio de 1983** (Do Senhor Ministro de Estado da Justiça). Diário do Congresso Nacional - Seção 1 - Suplemento B - 1/7/1983, Página 017 (Exposição de Motivos). Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-exposicaodemotivos-149285-pl.html. Acesso em: 15 dez. 2024.

_____. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro, 7 de dezembro de 1940; 119º da Independência e 52º da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 12 dez. 2024.

_____. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, 11 de julho de 1984; 163º da Independência e 96º da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 17 dez 2024.

_____. **Lei nº 14.843 de 11 de abril de 2024**. Altera a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), para dispor sobre a monitoração eletrônica do preso, prever a realização de exame criminológico para

progressão de regime e restringir o benefício da saída temporária.Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2023-2026/2024/Lei/L14843.htm#art3. Acesso em 01 de set 2025.

_____. **Projeto de Lei nº 1386/2023**. Extingue a concessão de saída temporária, alterando a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, Lei de Execução Penal. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2353357. Acesso em 14 mar. 2025.

_____. **Projeto de Lei nº 2253/2022 (nº Anterior: PL 583/2011).** Altera a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), para dispor sobre a monitoração eletrônica do preso, prever a realização de exame criminológico para progressão de regime e extinguir o benefício da saída temporária. Portal da Câmara dos Deputados. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=493361. Acesso em: 7 jul. 2025.

_____. Senado Federal. **Votações da matéria PL 2253/2022**. Atividade Legislativa. Votações da 5ª Sessão Deliberativa Ordinária. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/154451/votacoes#votacao_6818. Acesso em: 20 jun. 2025.

_____. Senado Federal. **Votações da matéria PL 2253/2022**. Atividade Legislativa. Atividade Legislativa. Emendas. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/154451#emendas. Acesso em: 22 jun. 2025.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347**. Tribunal Pleno. Relator(a): Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Luís Roberto Barroso. Tribunal Pleno. Julgado em 04 out. 2023, processo eletrônico dje-s/n. Publicado em 19 dez. 2023. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADPF%20347%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em 29 out. 2025.

Brandão, Cláudio. Significado político-constitucional do direito penal. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**. Bauru, v. 40, n. 45, p. 195-213, jan./jun. 2006. Disponível em: <http://www.ite.edu.br/ripe/>. Acesso em: 03 jan. 2025.

Cacicedo, Patrick Lemos. **Pena e funcionalismo sistêmico**: uma análise crítica da prevenção geral positiva. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, University of São Paulo, São Paulo, 2015. DOI:10.11606/D.2.2015.tde-01122015-125435. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-01122015-125435/en.php. Acesso em: 02 jan 2025.

Carnelutti, Francesco. **As Misérias do processo penal**. Tradução: Ricardo Rodrigues Gama. 1. Ed. São Paulo: Russell, 2013. *Ebook*.

Carvalho, Amilton Bueno de. **Lei Penal: Sentido e aplicação (e outros ensaios críticos)**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2022.

Carvalho, Salo. **Penas e Garantias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____, Salo. **Antimanual de Criminologia**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Iures, 2008.

_____, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileir**o. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

_____, Salo de. Perspectivas metodológicas na criminologia crítica brasileira. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito.** v. 8, n. 2, 2021. Doi: 10.21910/rbsd.v8i2.540. Disponível em: https://revista.abrasd.com.br/index.php/rbsd/article/view/540. Acesso em 02 janeiro de 2025.

_____, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. 8. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024. E-book.

Chevallier, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

Codato, Adriano. Estado Novo no Brasil: Um Estudo da Dinâmica das Elites Políticas Regionais em Contexto Autoritário. **Revista de Ciências Sociais**. Rio

de Janeiro, vol. 58, no 2, 2015, pp. 305 a 330. Disponível em: https://www.scielo.br/j/dados/a/X3979ds6YbBxwCVYT39NVQw/?format=pdf&lang=pt. Acesso em: 10 jan 2025.

Conselho Nacional de Justiça; Centro Brasileiro de Análise e Planejamento. **Mídia, sistema de justiça criminal e encarceramento: narrativas compartilhadas e influências recíprocas. Brasília:** CNJ, 2021. Disponível em: <http://bibliotecadigital.cnj.jus.br/xmlui/handle/123456789/524>. Acesso em 20 maio 2025.

Conselho Nacional de Justiça. **Impactos da Lei 14.843 de 2024**. CNJ, 2024. Disponível em: https://static.poder360.com.br/2024/07/estudo-cnj-exames-criminologicos-4jul.pdf. Acesso em: 02 out. 2025.

Costa, William. **O capitalismo como culto secularizado em Franz Hinkelammert**. Veritas (Porto Alegre), *[S. l.]*, v. 69, n. 1, p. e45342, 2024. Doi: 10.15448/1984-6746.2024.1.45342. Disponível em: https://revistaseletronicas.pucrs.br/veritas/article/view/45342. Acesso em: 27 jan. 2025.

Cuello, Eugenio Calon. ***La moderna Penología. (Represión del delito y tratamiento de los delincuentes***. Penas y medidas. Su ejecución). Tomo I. Barcelona: Bosch, 1958.

Departamento Penitenciario Nacional. **Modelo de gestão da política prisional**. Caderno III: competências e práticas específicas de administração penitenciária / Departamento Penitenciário Nacional. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento; coordenação de Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi [et al.]. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/09/FINAL_CAD_3-mgpp_eletronico.pdf. Acesso em: 02 nov. 2025.

Devos, Bryan Alves. **Poder punitivo e realismo marginal: Uma crítica ao utilitarismo penal**. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2019. 342 p. *Ebook*.

Ferrajoli, Luigi. **Diritto e Ragione**. 3ª ed. Laterza: Bari, 1997.

_____, Luigi. **Derecho y razón**. Teoría del garantismo penal. Trad. Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco e Rocío Cantarero Bandrés. 5ª ed. Madrid: Trotta, 2001, p. 247.

_____, Luigi. **Direito e Razão**: **Teoria do Garantismo Penal**. Tradução: Luís Flávio Gomes et alii. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____, Luigi. ***Criminalità e globalizzazione***. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, v. 10, n. 42, jan./mar. 2003.

Ferraz, Hamilton Gonçalves. Direito Penal sem pena? Uma introdução à teoria agnóstica da pena. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 26, n. 148, p. 55-96, out. 2018. Disponível em: https://bd.tjdft.jus.br/handle/tjdft/45275. Acesso em: 15 out. 2025.

Ferraz, Hamilton Gonçalves. Em defesa de uma abordagem realista-marginal no discurso dogmático jurídico-penal brasileiro. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 30, n. 351, p. 23–25, 2024. Disponível em: https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/1429. Acesso em: 15 out. 2025.

Foucault, Michel. **Vigiar e Punir: histórias da violência nas prisões**. Petrópolis: Vozes, 1987. *Ebook*. Disponível em: https://www.ufsj.edu.br/portal2-repositorio/File/centrocultural/foucault_vigiar_punir.pdf. Acesso em: 17 de dez de 2024.

_____, Michel. 3.ed. **A Verdade e as Formas Jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau, 2002.

_____, Michel. Os anormais:curso no Collège de France (1974-1975). 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

Garofalo, Raffaele. **Criminologia: estudo sobre o delicto e a repressão penal**. 2. ed. Lisboa: Clássica, 1908.

Gloeckner, R. J.; Ramos, M. B. Os sentidos do populismo penal: uma análise para além da condenação ética: the ways of penal populism: an analysis beyond the ethical condemnation. **Delictae Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito**, *[S. l.]*, v. 2, n. 3, p. 248, 2017. DOI: 10.24861/2526-5180.v2i3.39. Disponível em: https://delictae.com.br/index.php/revista/article/view/39. Acesso em: 7 set. 2025.

Gonzaga, Christiano. **Manual de Criminologia**. 3.ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

Guerra, Lemuel Dourado. As Influências da Lógica Mercadológica sobre as Recentes Transformações na Igreja Católica. **Razão e Fé**, *[S. l.]*, v. 6, n. 1 e 2, p. 105-128, 2019. Disponível em: https://revistas.ucpel.edu.br/rrf/article/view/2479. Acesso em: 23 set. 2025.

Greco, Luís. **Introdução à dogmática funcionalista do delito**. Em comemoração aos trinta anos de 'Política Criminal e Sistema Jurídico-penal. Disponível em: https://www.idclb.com.br/httpdocs/revistas/20/revista20%20(13).pdf. Acesso em: 14 de julho de 2024.

Gomes, Marcus Alan de Melo. Direito Penal e Criminologia na pós-modernidade. 1ª Sessão - **As Reformas Jurídicas de Macau no Contexto Global**. Boletim da Faculdade de Direito. Disponível em: //fll.um.edu.mo/wp-content/uploads/2024/03/47P_1_Marcus-Alan-de-Melo-Gomes_Direito-Penal-e-criminologia-na-pos-modernidade_pg12.pdf. Acesso em: 20 out 2025.

Guzmán, Luis Garrido. ***Compendio de Ciência Penitenciaria***. Valencia: Universidad de Valencia, 1976.

Jakobs, Gunther. **Ciência do Direito e Ciência do Direito Penal**. Tradução: Mauricio Antônio Ribeiro Lopes.v.1. Coleção de Estudos de Direito Penal. São Paulo: Manole, 2003.

Han, Byung-Chul. ***Psicopolítica: neoliberalismo y nuevas técnicas de poder***. Traduccion: Alfredo Bergés. 1. ed. Herder Editorial: Barcelona, 2014.

Hegel, **Georg Wilhelm Friedrich**. Princípios da filosofia do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

Hinkelammert, Franz. **A maldição que pesa sobre a lei: As raízes do pensamento crítico em Paulo de Tarso**. Tradução: Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Paulus, 2012. Ebook. Disponível em: http://repositorio.uca.edu.sv/jspui/bitstream/11674/1770/1/A%20maldicao%20que%20pesa%20sobre%20a%20lei%20As%20ra%C3%ADzes%20do%20pensamento%20cr%C3%ADtico.pdf. Acesso em: 29 nov. 2024.

_____, Franz J. **Crítica da razão utópica**. Tradução: Silvio Salej Higgins. Chapeco: Argos, 2013. Disponível em: http://repositorio.uca.edu.sv/jspui/bitstream/11674/3301/1/Cr%C3%ADtica%20da%20razao%20ut%C3%B3pica.pdf. Aceso em 30 nov. 2024.

_____, Franz J. **A rebelião dos limites, a crise da dívida e o esvaziamento da democracia**. Revista Pensamento Crítico, 2012. Tradução: Cepat. Disponível em: https://www.ihu.unisinos.br/noticias/511406-a-rebeliao-dos-limites-a-crise-da-divida-e-o-esvaziamento-da-democracia. Acesso em: 17 dez. 2024.

Junior., Miguel R. **Fundamentos de Direito Penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. *E-book*.

Kant, Immanuel. ***A Metafísica dos Costumes***. Tradução brasileira: Edson Bini. Bauru: Edipro, 2008.

Kanzler, Roberta Karina Cabral. **A teoria agnóstica da pena e o trabalho como instrumento de redução da vulnerabilidade das pessoas presas**. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. Manaus, 2022. Disponível em: https://bib.pucminas.br/teses/Direito_RobertaKarinaCabralKanzler_30223_Textocompleto.pdf. Acesso em: 19 de dez de 2024.

Lima, Alberto Jorge Correia de B. **Direito Penal Constitucional**: A imposição dos princípios constitucionais penais. 1. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012. *E-book*.

Lopez, Angel Torio. ***El sustracto antropológico de las teorías penales***. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense (separata), n. 11, Madrid, 1986.

Ludwig, Celso Luiz. **Da ética à filosofia política crítica na transmodernidade: reflexões desde a filosofia de Enrique Dussel**. In: Fonseca, Ricardo Marcelo. Repensando a Teoria do Estado. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

Melossi; Pavarini. Dário; Massimo. **Cárcere e fábrica- As origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX) -** Dario Melossi e Massimo Pavarini. - Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2006. (Pensamento criminológico; v. 11). 2.ed agosto de 2010, reimpressão, setembro de 2014.

Mesquida, Peri. **Educação e hegemonia católica no Brasil** (1870-1900). Revista Diálogo Educacional, v. 2. n. 3, p. 113-128, jan/jun. 2001. Disponível em: http://www.redalyc.org/html/1891/189118142008/. Acesso em: 03 jan 2025.

Mirabete, Julio Fabrini. **Execução Penal**: Comentários à lei n. 7210 de 11 de julho de 1984. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

Moraes, Ricardo Quartim de. A evolução histórica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente. **Revista de informação legislativa**, v. 51, n. 204, p. 269-285, out./dez. 2014. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/509938. Acesso em 15 dez. 2024.

Mo Sung, Jung. **Crise das Ideologias, Utopias Secularizadas e o Reino de Deus.** *PerspTeol*, 25, 1993.

Nietzsche, Friedrich. Großoktavausgabe Bd. XIII, XV Leipzig, 1894-1913. In: Capitalismo: o primeiro caso de um culto que não expia, mas culpabiliza/endivida? Ramminger, M. **Revista Caminhos - Revista de Ciências da Religião**, Goiânia, Brasil, v. 19, n. 2, p. 453–467, 2021. DOI: 10.18224/cam.v19i2.9041. Disponível em: https://seer.pucgoias.edu.br/index.php/caminhos/article/view/9041. Acesso em: 01 fev. 2025.

Oliveira, Edmundo. **O Futuro Alternativo das Prisões**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

Paiva, Luiz Guilherme Mendes de. **Populismo Penal no Brasil**: do modernismo ao antimodernismo penal, de 1984 a 1990. 2014. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. doi:10.11606/T.2.2015.tde-31012017-162325. Acesso em: 22 jul 2025.

Pavarini, Maximo. ***I nuovi confini dela penalitá: introduzione alla sociologia dela pena***. Bologna: Edizione martina Bologna, 1996.

Pierangeli, José Henrique; Zaffaroni, Raúl Eugenio. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte geral: 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Ramminger, Michael. Capitalismo: o primeiro caso de um culto que não expia, mas culpabiliza/endivida? **Revista Caminhos - Revista de Ciências da Religião**, Goiânia, Brasil, v. 19, n. 2, p. 453–467, 2021. DOI: 10.18224/cam.v19i2.9041. Disponível em: https://seer.pucgoias.edu.br/index.php/caminhos/article/view/9041. Acesso em: 1 fev. 2025.

Rodríguez, Víctor Gabriel. **Fundamentos** de **direito penal brasileiro**: **lei penal** e **teoria geral** do **crime**. Imprenta: São Paulo: Atlas, 2010.

Roig, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena privativa de liberdade e o dever jurídico-constitucional de minimização da afetação individual: uma nova proposta discursiva**. 2011. Tese: Doutorado em Direito Civil Constitucional; Direito da Cidade; Direito Internacional e Integração Econômica; Direi) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: http://www.bdtd.uerj.br/handle/1/9242. Acesso em: 19 jan 2025.

____, Rodrigo Duque estrada. Ensaio sobre uma execução penal mais racional e redutora de danos. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ - RFD**, *[S. l.]*, n. 18, 2011. DOI: 10.12957/rfd.2010.1373. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/rfduerj/article/view/1373. Acesso em: 16 out. 2025.

____, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros, 2ª edição.** Rio de Janeiro: Saraiva Jur., 2015. *E-book*.

____, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal**: teoria e prática. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

Roxin, Claus. **Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal**. Tradução: Luíz Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

Shecaira, Sergio Salomão. **Criminologia**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

Silva, Adrian Barbosa e. Teoria Agnóstica da Pena: fundamentos criminológicos para uma teleologia redutora desde a margem. **Revista Jurídica do Cesupa**, v. 1, n. 1, 12 nov. 2019. Disponível em: http://periodicos.cesupa.br/index.php/RJCESUPA/article/view/24. Acesso em: 19 fev. 2025.

Siqueira, G; Baptista; Silva, W. A Conferência de Medellín: contexto político-eclesial e a posição sobre a Educação e a Juventude. Horizonte - **Revista de Estudos de Teologia e Ciências da Religião**, v. 16, n. 50, p. 648-676, 31 ago. 2018. Disponível em: https://periodicos.pucminas.br/index.php/horizonte/article/view/P.2175-5841.2018v16n50p648. Acesso em: 25 jan 2025.

Secretaria Estadual da Administração Penitenciária de São Paulo. **Dados Abertos: Número de Saídas Temporárias**. Março 2025. Disponível em: https://www1.sap.sp.gov.br/dados-abertos/numero-saidas-temporarias_1-sem-2025.pdf. Acesso em: 22 set. 2025.

Secretaria Nacional de Políticas Penais. Sistema Nacional de Informações Penais. Dados Estatísticos do Sistema Penitenciário. **Relatório de Informações Penais - RELIPEN - 1º Semestre de 2023.** Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-1-semestre-de-2023.pdf>. Acesso em 29 jun. 2025.

Secretaria Nacional de Políticas Penais. Sistema Nacional de Informações Penais. Dados Estatísticos do Sistema Penitenciário. **Relatório de Informações Penais - RELIPEN - 2º Semestre de 2023.** Disponível em: < https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relatorios-de-informacoes-penitenciarias/relotario-2o-semestre-de-2023.pdf>. Acesso em 15 de jul 2025.

Secretaria Nacional de Políticas Penais. Sistema Nacional de Informações Penais. Dados Estatísticos do Sistema Penitenciário. **Relatório de Informações Penais - RELIPEN - 1º Semestre de 2024.** Disponível em: < https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relatorios-de-informacoes-penitenciarias/relatorio-1o-semestre-de-2024.pdf>. Acesso em 20 ago 2025.

Secretaria Nacional de Políticas Penais. Sistema Nacional de Informações Penais. Dados Estatísticos do Sistema Penitenciário. **Relatório de Informações Penais - RELIPEN - 2º Semestre de 2024.** Disponível em: < https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relatorios-de-informacoes-penitenciarias/relatorio-2o-semestre-de-2024.pdf>. Acesso em 25 ago 2025.

Torres, Henrique Abi-Ackel. **Política criminal contemporânea**: o discurso populista na intervenção punitiva. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

Tv Senado. Ao vivo: **Sessão Deliberativa do Plenário – 20/2/24**. YouTube, 20 de fev. 2024. 7hrs20min33seg. Disponível em: https://www.youtube.com/live/UYY8F3QXgr8?si=g3u3Biz4tl0kmnsT. Acesso em: 30 jul. 2025.

Vidal, Mariana Azevedo Couto. **Populismo penal legislativo no Brasil diante dos fundamentos da intervenção mínima e do garantismo**. Dissertação (mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito. 159 f. Disponível em: //bib.pucminas.br/teses/Direito_MarianaAzevedoCoutoVidal_30892_TextoCompleto.pdf. Acesso em 15 out 2025.

Welzel, Hans. ***Derecho penal alemán***. 4. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997.

Zaffaroni, Eugênio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal.** Tradução: Vania Romano Pedrosa. 5. ed. 4. re. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

_____, Eugenio Raúl; Pierangelli, José Henrique. **Manual de direito penal: parte geral**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____, Eugenio Raúl; Slokar, Alejandro; Alagia, Alejandro. ***Manual de Derecho Penal***. 2a ed. Buenos Aires: Ediar, 2007.

_____, Eugênio Raúl. **O inimigo no direito penal.** Tradução: Sérgio Lamarão. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

Zaffaroni, Eugenio Raúl. **Direito Penal Humano e Poder no século XXI**. Tradução: Ílison Dias dos Santos Salvador: EDUFBA, 2020.

_____, Eugenio Raúl; Ilison; Dias dos Santos. **A Nova Crítica Criminológica: Criminologia em tempos de totalitarismo financeiro**. 1. Ed. São Paulo: Tirant La Blant, 2020.

_____, Eugenio Raúl. **Colonização punitiva e totalitarismo financeiro: a criminologia do ser-aqui**. Tradução: Juarez Tavares. Rio de Janeiro: Da vinci, 2021.