



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

JANAINA FRANCO SANTOS MAGALHÃES

**AS (DIS)FUNÇÕES DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE À
LUZ DA TEORIA AGNÓSTICA**

Salvador
2015

JANAINA FRANCO SANTOS MAGALHÃES

**AS (DIS)FUNÇÕES DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE À
LUZ DA TEORIA AGNÓSTICA**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Daniela Carvalho Portugal

Salvador
2015

TERMO DE APROVAÇÃO

JANAINA FRANCO SANTOS MAGALHÃES

AS (DIS)FUNÇÕES DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE À LUZ DA TEORIA AGNÓSTICA

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2015

À Deus e a minha família.

AGRADECIMENTOS

À Deus e aos espíritos de luz que me iluminaram e me encheram de energia para concluir o presente trabalho.

À minha família que acompanhou toda a minha dedicação para concluir este trabalho, e que continuaram do meu lado me apoiando e me incentivando em todos os momentos, principalmente a minha mãe e minha tia Lu que oraram para que tudo desse certo. Dedico esse trabalho e todo meu esforço à vocês.

Ao meu namorado, Daniel Velame, que teve toda paciência do mundo comigo e me acalmou nos momentos mais estressantes, me dando força em todos os momentos, principalmente naqueles em que o cansaço tomava conta.

À minha orientadora, Daniela Portugal, por estar sempre disponível para as minhas dúvidas, por ter sido atenciosa e me atender nos momentos de correria. Bem como, ser minha inspiração pela sua trajetória jurídica-profissional.

Aos meus chefes, Dr^o Ricardo Martins Costa e Dr^o Marcelo Bessa Campelo, agradeço por toda a compreensão, pelos ensinamentos jurídicos, pelas palavras amigas, resumindo agradeço por tudo. Bem como, a toda a minha equipe da procuradoria, sou feliz e realizada por fazer parte da PFE-DNIT/BA.

As minhas amigas Márcia, Renata, Érica, Fernanda e Mariana que estiverem comigo lado a lado passando por todos os momentos de agonia, mas também pelos momentos de maluquice e risadas que tornaram tudo mais fácil e divertido, amo vocês.

“A mente que se abre a uma nova idéia jamais voltará ao seu tamanho original.”

Albert Einstein

RESUMO

O presente trabalho aborda uma análise crítica sobre as funções da pena à luz de uma teoria agnóstica, ou seja, o enfoque dessa pesquisa é saber se, de fato, a pena privativa de liberdade cumpre as funções que lhe foram atribuídas. Para isto, foi necessário à análise das teorias legitimadoras da pena e das funções manifestas que são atribuídas a pena com o intuito de elucidar as contradições inerentes ao discurso jurídico-penal e a sua legitimação. Entretanto, no decorrer da pesquisa fica claro que a pena não consegue cumprir as funções que lhe são atribuídas, o que acarreta em uma deslegitimação do discurso jurídico penal, pois percebe-se que as funções propostas não condizem sistema penal atual, pelo contrário, seguem um caminho inverso. Tal fato acaba por apresentar um caráter criminógeno do sistema penal, pois acaba estimulando condutas criminosas no momento em que deveria inibi-las. Assim, parte-se em favor de uma teoria agnóstica que tem o intuito de fazer uma (re)formulação do direito penal, de modo, a legitimá-lo. Entende-se a teoria agnóstica como um dispositivo político que tem como objetivo conter o poder punitivo. Desse modo, a teoria agnóstica busca que o sistema penal exerça a função que lhe vai ser proposta, para que assim se legitime, e torne a execução mais justa e digna àqueles que dependem dele.

Palavras-chave: Teorias da Pena; Pena Privativa de Liberdade; Funções da Pena Privativa de Liberdade; Discurso jurídico-penal; Teoria Agnóstica da Pena.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	artigo
CF/88	Constituição Federal da República
CP	Código de Penal
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 DAS PENAS	13
2.1 CONCEITO	13
2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA	14
2.3 ESPÉCIES DE PENAS	17
2.3.1 Penas privativas de liberdade	20
2.3.1.1 Formação e conceito da pena privativa de liberdade	21
2.3.1.2 Espécies da pena privativa de liberdade	22
2.3.1.3 Regimes de cumprimento da pena privativa de liberdade	25
2.4 FINALIDADE DAS PENAS	28
3 TEORIAS LEGITIMADORAS DA PENA	32
3.1 TEORIAS ABSOLUTAS	32
3.2 TEORIAS RELATIVAS	35
3.2.1 Prevenção Geral	36
3.2.2 Prevenção Especial	40
3.3 TEORIAS UNITÁRIAS (MISTAS OU ECLÉTICAS)	43
3.4 TEORIA DIALÉTICA UNIFICADORA DE CLAUS ROXIN	46
4 AS (DIS) FUNÇÕES DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE À LUZ DA TEORIA AGNÓSTICA	49
4.1 TEORIAS DESLEGITIMADORAS	49
4.2 PENAS PERDIDAS (LOUK HULSMANN) X EM BUSCA DAS PENAS PERDIDAS (ZAFFARONI)	53
4.3 O DISCURSO AGNÓSTICO	56
4.3.1 Deslegitimação do discurso jurídico-penal	59
4.3.2 Caráter criminógeno do sistema penal	62
4.3.3 Neutralização do apenado	65
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	67
6 REFERÊNCIAS	71

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como escopo uma análise sobre as funções atribuídas a pena privativa de liberdade, tendo como enfoque da pesquisa saber se, de fato, a pena privativa de liberdade cumpre estas funções, ou se a pena apenas age com um papel degenerador da neutralização do apenado.

Deste modo, busca desmistificar as funções da pena sobre um ponto de vista voltado para a atual realidade do sistema prisional à luz da teoria agnóstica. Tal teoria surge como alternativa a (dis)funcionalidade do sistema penal causada pela contradição existente entre os discursos “legitimadores” da pena e a atual realidade penal.

A teoria agnóstica tem como objetivo a redução de danos e sofrimentos consequentes da intervenção punitiva do estado, tendo como papel determinante a contenção do poder punitivo, podendo ser vista como um dispositivo político que faz a ligação do discurso jurídico-penal com a realidade do sistema prisional.

A função da pena envolve uma questão de implementação do Direito Penal, pois o mesmo sempre se utilizou da pena para estruturar as suas bases. Desse modo, ao atribuir uma função a pena, também atribui uma justificação a imposição de um instrumento formal de controle social. Assim, a pena consubstancia as noções fundamentais que regem uma sociedade e um Estado, sendo reflexo das forças de poder.

Entretanto, para a teoria agnóstica da pena existe uma grande dificuldade em acreditar que a pena possa cumprir, na grande maioria dos casos, as funções manifestas atribuídas a ela. A relevância desse tema está em demonstrar se a pena privativa de liberdade cumpre a função a ela determinada, ou se apenas serve como elemento “neutralizador” do apenado.

O presente trabalho possui uma divisão didática em 4 (quatro) capítulos, incluindo esta introdução. Foram assim divididos com o intuito de destrinchar o tema proposto.

O segundo capítulo deste trabalho faz um panorama sobre as penas. O primeiro ponto aborda o conceito de pena, demonstrando que esta é a principal forma de punição imposta pelo Estado, no exercício do poder punitivo, quando violado um bem jurídico. Em seguida, faz um breve relato sobre a evolução histórica da pena e as espécies de penas que são previstas no ordenamento jurídico brasileiro, tendo um enfoque na pena privativa de liberdade, definindo sua formação e conceito, bem como, suas espécies e seu regime de cumprimento, e por fim a sua finalidade.

O terceiro capítulo analisa as teorias legitimadoras da pena, tais teorias agregam a pena privativa funções manifestas e declaradas, desse modo, “legitimam” o Estado à aplicar a pena em prol de uma “segurança jurídica”, restringindo a liberdade do delinquente.

O primeiro tópico do capítulo supracitado aborda a teoria absoluta que acredita que a pena seja um fim em si mesma, ou seja, o autor do delito deve pagar pelo mal que foi cometido, pois assim a pena seria uma retribuição, visando a realização da justiça.

O segundo tópico do mesmo capítulo aborda as teorias relativas que ao contrário das absolutas não representam um fim em si mesmo. As teorias relativas se dividem em prevenção geral e prevenção especial, e ambas possuem a subdivisão em positiva e negativa. A prevenção geral tem como objetivo a sociedade, ou seja, a pena é aplicada em função de toda a sociedade. Em sua versão negativa pode ser chamada de prevenção por intimidação, pois faz com que a sociedade presencie o sofrimento e a dor do delinquente para que assim se amedronte e não cometa delitos. Entretanto, a sua versão positiva visa a reafirmação do direito através da conscientização da sociedade. Porém, as teorias da prevenção especial tem como objetivo o próprio indivíduo infrator. Em sua versão negativa busca a neutralização do delinquente com o cárcere, entretanto, sua versão positiva tem como escopo que aquele indivíduo não cometa novos delitos, ou seja, a ressocialização do mesmo. Tal capítulo ainda trata das teorias unitárias e sobre a teoria dialética unificadora de Claus Roxin.

O quarto e último capítulo tem como título o tema dessa pesquisa e tem como objetivo elucidar as principais questões que surgem a partir da análise do mesmo. No primeiro tópico deste capítulo tratará das teorias deslegitimadoras que possuem um argumento contrário das teorias citadas no capítulo anterior, pois não aceitam a

intervenção do Estado para punir delinquentes, as mesmas desacreditam na eficiência do Sistema Penal como legitimante do controle punitivo, ou seja, não consideram o estado como legitimante para exercer o poder punitivo. Os dois principais pensamentos político-criminais que se colocam nessa linha de raciocínio de deslegitimação do sistema penal são as teorias do abolicionismo penal e o minimalismo radical. O segundo tópico deste capítulo coloca em contraste as obras “penas perdidas” , tendo como autor Louk Hulsmann, e “em busca das penas perdidas”, que tem como autor Eugenio Raúl Zaffaroni, ambos apresentam visões diferentes sobre o mesmo enfoque, ressalta-se que o livro de Zaffaroni é uma resposta ao livro de Louk.

O último tópico do capítulo supracitado refere-se ao discurso agnóstico e todas as suas nuances. Vê-se que a teoria agnóstica se volta para uma crítica as teorias legitimadoras da pena, demonstrando que essas teorias não alcançam as funções que por elas foram propostas, desse modo, busca uma (re)leitura do sistema penal frente à execução penal.

2 DAS PENAS

Ordenamento jurídico-penal quando violado tem como sanção a pena, sendo dever/poder do Estado aplicá-la contra quem violou o ordenamento jurídico praticando fato delituoso. Entretanto, não deve deixar de observar os princípios constitucionais. Esse capítulo tem como objetivo elucidar fatos relacionados às sanções penais, porém com enfoque na pena privativa de liberdade.

2.1 CONCEITO

A pena é a principal forma de punição imposta pelo Estado à quem comete um delito causando um dano real a um bem jurídico fundamental, o qual é resguardado pelo direito penal. “A pena é a consequência natural imposta pelo Estado quando alguém pratica uma infração penal. Quando o agente comete um fato típico, ilícito e culpável, abre-se a possibilidade para o Estado se fazer valer seu *ius puniendi*.”¹

No que condiz ao conceito da pena este está relacionado a privação ou a restrição de um bem jurídico. Caso o indivíduo pratique uma infração penal (crime ou contravenção) a pena será a sanção imposta por um órgão jurisdicional.²

Existem vários bens jurídicos que podem ser privados, assim o delinquente pode ser privado da vida (no caso de pena de morte), da liberdade (com as penas de prisão) e até mesmo do patrimônio (quando se trata de pena de multa ou confisco).³ Desse modo, conclui-se que o exercício da acusação tem como escopo a aplicação da pena ou sanção penal.⁴

¹ Greco, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral, Volume I**. Ed. Impetus – 13.Ed., 2011, p.469

² Queiroz, Paulo. **Direito Penal – Parte Geral**. Ed. Saraiva – 3.Ed., 2006, p.341

³ Barros, Flávio Augusto Monteiro. **Direito Penal – Parte Geral** – Ed. Saraiva – 9.Ed. 2011, p.447

⁴ Rodrigues, Maria Stella Villela Souto Lopes. **ABC do Direito Penal**. Ed. Revista dos Tribunais - 13.Ed, p.155

Percebe-se que a pena é a sanção mais violenta que o Estado pode impor, por isso a sua aplicação deve ser em menor grau. Desse modo, tal aplicação só ocorrerá quando o Estado considerar que houve violação de um bem jurídico e que esse é digno de uma proteção mais energética.⁵

Quando ocorre a violação do ordenamento jurídico através de um fato tipificado no Código Penal o Estado tem o dever e o poder de punir o autor do fato típico, mas ao mesmo tempo no momento da aplicação da pena deste indivíduo o Estado não pode se afastar dos princípios basilares que regem o ordenamento jurídico como todo, pois esses protegem os direitos fundamentais e garantem a dignidade da pessoa humana. Ao se distanciar dos princípios fundamentais acaba, por si só, deslegitimando o sistema penal, o que pode levar à uma crise no discurso jurídico-penal.

Deste modo, a pena vai se distinguir de outras formas de sanção, como por exemplo, a sanção administrativa. A sanção penal pressupõe o cometimento de um fato definido como crime, mas com isso não quer dizer que a pena pressupõe culpabilidade.⁶

Contudo, mesmo o Estado tendo o dever/poder de aplicar a sanção no indivíduo que viola o ordenamento jurídico-penal, a pena precisa observar os princípios expressos ou mesmo os implícitos previstos na Constituição Federação.⁷

2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICO

A proteção à dignidade da pessoa humana foi evoluindo historicamente em conjunto com a própria evolução das penas. O Estado é garantidor dos direitos que pertencem àquele território, desse modo, se obriga a encontrar os limites do seu direito de punir, muito embora, hoje se pensa assim, mas nem sempre foi deste modo, sendo antigamente muito cruel o sistema das penas.⁸

⁵ Brandão, Cláudio. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. Ed. Forense – 2. Ed., 2010, p.315

⁶ Queiroz, Paulo. **Direito Penal – Parte Geral**. Ed. Saraiva – 3.Ed., 2006, p.341

⁷ Grego, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral, Volume I**. Ed. Impetus – 13.Ed., 2011, p.469

⁸ *Ibidem, loc. Cit.*

A prisão é uma exigência amarga, mas imprescindível. E a sua progressiva abolição não foi prevista na história, em que pese a sua reforma sim. É vista como um mal necessário, pois a mesma guarda em sua essência contradições insolúveis.⁹

Deste modo, vê-se necessário um passeio pela evolução histórica da pena, pois percebe-se que a mesma está, intimamente, ligada a própria evolução da sociedade e da humanidade. Ao ponto que se torna muito difícil encontrar a sua origem, pois quem quer que se proponha pode correr o risco de se equivocar a cada passo.¹⁰

Trata-se de uma história carregada de fatos e muito antiga, por conta disso acaba havendo algumas contradições e a depender do ponto de vista de cada autor que se propõe a dissertar sobre o assunto. Assim, busca guiar-se pela história da humanidade.¹¹

Segundo Rogério Greco¹² a primeira pena a ser aplicada na história da humanidade ocorreu no paraíso quando Eva além de comer a maçã (o fruto proibido) e ainda influenciou Adão a comer, deste modo, sofreu as sanções imposta por Deus sendo uma delas a expulsão do paraíso. A partir de então surge a primeira sanção. Entretanto, vê-se que tal visão trata-se de ideologia religiosa do autor. Desse modo, não é para todos que este fato constitui como marco inicial da história da pena, sendo uma visão particular.

Então, o sistema de aplicação das penas começou a ser utilizado pela sociedade sempre que um indivíduo violava uma regra imposta. Desse modo, observa-se que “desde a Antiguidade até basicamente o século XVIII as penas tinham uma característica extremamente aflitiva, uma vez que o corpo do agente é que pagava pelo mal por ele praticado.”¹³

De modo que a Antiguidade não conhecia a privação de liberdade, pois esta não tinha um caráter de pena, assim no século XVIII a prisão servia somente de

⁹ Bitencourt, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, Parte Geral 1**. Ed. Saraiva – 14.Ed.,2009, p.469

¹⁰ *Ibidem, Loc. Cit.*

¹¹ *Ibidem, Loc. Cit.*

¹² Greco, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral, Volume I**. Ed. Impetus – 13.Ed., 2011, p.470

¹³ *Ibidem.* p.471

contenção e guarda dos réus para preservá-los fisicamente até a data do seu julgamento¹⁴.

Com base nos fatos citados conclui-se que todo o período da antiguidade foi regido por penas corporais, as quais o delinquente pagava pelo fato típico com o próprio corpo, muitas vezes com a própria vida.

Entretanto, é possível encontrar certos resquícios de pena privativa de liberdade com um retrospecto da História em diferentes etapas do século XVIII, em que se percebe os relevos das compilações legais da época dos princípios humanísticos de correção e moralização dos delinquentes pela pena¹⁵.

A evolução da pena revela a crueldade humana, levando a uma real destruição do criminoso através de diversas formas de maus-tratos, como por exemplo, a lapidação, a tortura, o garrote, os açoites, mutilações.¹⁶

O período iluminista foi o marco inicial da mudança do pensamento no que diz respeito à cominação das penas. Beccaria, na sua obra *Dos delitos e das Penas*, foi o precursor da voz de indignação com relação ao tratamento dado seres pelos seus semelhantes sob uma falsa bandeira da legalidade¹⁷.

No que diz respeito a Idade Média “a lei penal dos tempos medievais tinha como verdadeiro objetivo provocar o medo coletivo.”¹⁸ Acabavam todos os delinquentes sendo encarcerados em lugares horrendos e obscuros o que causava um terror a toda comunidade.

Segundo Bitencourt¹⁹ nessa época vai surgir a prisão de Estado e a prisão eclesiástica, na primeira somente podiam ser recolhidos os inimigos do poder, real ou senhorial, e os delitos cometidos eram os de traição, ou os de adversários políticos dos governantes. A prisão eclesiástica, era contra os clérigos rebeldes e respondiam às ideias de caridade, redenção e fraternidade da Igreja, assim o internamento tinha um sentido de penitência e meditação.

¹⁴ Bitencourt, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, Parte Geral 1**. Ed. Saraiva – 14.Ed.,2009, p.470

¹⁵ *Ibidem. Loc. Cit.*

¹⁶ Rodrigues, Maria Stella Villela Souto Lopes. **ABC do Direito Penal**. Ed. Revista dos Tribunais - 13.Ed, p.156

¹⁷ Greco, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral, Volume I**. Ed. Impetus – 13.Ed., 2011, p.471

¹⁸ Bitencourt, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, Parte Geral 1**. Ed. Saraiva – 14.Ed.,2009, p.471

¹⁹ *Ibidem.* p.472

Mas ainda assim no período medieval não havia a ideia de privação de liberdade como pena, a finalidade continuava sendo de custódia, e continuava com a pena sendo paga do modo mais cruel que se via, com o próprio corpo, através de mutilações físicas.

A partir da Idade Moderna, na segunda metade do século XVI, iniciou-se um movimento crescente das penas privativas de liberdade, com a criação e construção de prisões organizadas que buscavam a correção do apenado²⁰. Era o desenvolvimento da privação do bem jurídico liberdade e o afastamento das penas cruéis que violavam a integridade física do apenado e assim sua própria dignidade, o que era controverso aos princípios que atualmente regem o direito penal.

Hoje, percebe-se que há uma preocupação maior com a integridade física e mental, bem como a vida dos apenados. Já foram feitos vários pactos buscando a preservação da dignidade da pessoa humana e afastar todos os ordenamentos jurídicos que tenham tratamento degradante e cruel²¹.

Em que pese, no plano do dever/ser o sistema das penas é visto de modo ideal, mas do ponto de vista fático ele não é tão eficaz. Infelizmente não caminha numa escala ascendente, mesmo tendo exemplos no passado que deveriam servir para não ser mais repetidos²².

2.3 ESPÉCIES DE PENA

O ordenamento jurídico brasileiro, na Constituição Federal de 1988, vedou expressamente a aplicação de algumas espécies de pena e inseriu em seu art. 5º, inciso XLVII, o princípio da humanização das penas, *in literis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XLII – não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art.84, XIX;

²⁰ *Ibidem* p.474

²¹ Greco, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral, Volume I**. Ed. Impetus – 13.Ed., 2011, p.472

²² *Ibidem*, *Loc. City*.

- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis;

Em conformidade com o ordenamento jurídico e de acordo com o Código Penal em seu art. 32²³, as penas podem ser privativas de liberdade, restritivas de direito e multa. Sendo a pena privativa de liberdade a aplicada para todos os delitos, exceto o do art. 28 da Lei 11.343/06²⁴.

A nova redação que foi dada ao art. 43²⁵ do Código Penal, modificado pela Lei 9.714/98, traz expressamente as hipóteses das penas restritivas de direito, sendo elas a prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana.

Há autores que digam, como por exemplo Cezar Roberto Bitencourt²⁶ que a denominação das “penas restritivas de direitos” não foi muito feliz, porque somente uma dessas modalidades se refere especificamente a uma restrição de um direito, as outras são de natureza pecuniária.

Essas penas são vistas como alternativas a pena privativa de liberdade, acabam por ser sanções mordenas que evitam a imposição mais gravosa do Estado que é a pena privativa de liberdade.

Assim, observa que o legislador quis reservar a pena privativa de liberdade, para situações consideradas absolutamente necessárias, aquelas que não serão passíveis de substituição.

²³ Art. 32 - As penas são, I - privativas de liberdade; II - restritivas de direitos; III - de multa. (BRASIL. **Decreto-Lei 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Ed. Saraiva, 2014)

²⁴ Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas, I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. (BRASIL. **Lei 11.343/06**, de 23 de agosto de 2006. Ed. Saraiva, 2014)

²⁵ Art. 43. As penas restritivas de direitos são, I - prestação pecuniária; II - perda de bens e valores; III - (VETADO); IV - prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; V - interdição temporária de direitos; VI - limitação de fim de semana. (BRASIL. **Decreto-Lei 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Ed. Saraiva, 2014)

²⁶ Bitencourt, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, Parte Geral 1**. Ed. Saraiva – 14.Ed.,2009, p.512

Desse modo, percebe-se que essas penas são autênticas alternativas, visto que sua finalidade é substituir a pena de prisão, por isso jamais essas penas poderão ser aplicadas cumulativamente com as penas privativas de liberdade.²⁷

O patrimônio é um bem jurídico, por se tratar de bens e direitos de conteúdo econômico de determinado indivíduo. Assim desse modo também pode ser atingido por uma pena, essas penas serão chamadas de penas patrimoniais, sendo a pena de multa uma delas.²⁸

Segundo Cláudio Brandão²⁹, como qualquer outra pena, a de multa vai privar o sujeito dos seus bens jurídicos, aqui ela atinge o patrimônio, no caso na diminuição deste.

Nos tempos atuais a pena de multa tem tido grande evidência, pois em que pese afete de forma sensível o patrimônio do apenado, atinge de forma menos gravosa que uma privação de liberdade.

No que tange, as penas privativas de liberdade, o Código Penal prever três modalidades que são a de reclusão, detenção e a prisão simples. Sobre elas vai incidir uma série de implicações de Direito Penal e de Processo Penal.³⁰

Atualmente, são as mais encontradas na legislação, as penas privativas de liberdade, e estas vem sofrendo uma série de modificações, como por exemplo a adoção da prisão aberta e semi-aberta. Isso ocorre porque ainda guardam o poder intimidativo com mais efetividade.³¹

²⁷ Queiroz, Paulo. **Direito Penal – Parte Geral**. Ed. Saraiva – 3.Ed., 2006, p. 401

²⁸ Prado, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro, Volume 1**. Ed. Revista dos Tribunais – 11.Ed., 2012, p. 697-698

²⁹ Brandão, Cláudio. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. Ed. Forense – 2.Ed., 2010, p.355

³⁰ Greco, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral, Volume I**. Ed. Impetus – 13.Ed., 2011, p. 480

³¹ Rodrigues, Maria Stella Villela Souto Lopes. **ABC do Direito Penal**. Ed. Revista dos Tribunais - 13.Ed, p. 160-161

2.3.1 Penas Privativas de Liberdade

No século XIX, quando a prisão se converteu na principal resposta penológica, acreditou-se que esse seria o meio mais adequado de se conseguir a reforma do delinquente.³²

Vê-se que tais penas constituem o núcleo central de todos os sistemas punitivos do mundo contemporâneo.³³

O sistema penal brasileiro adota como as penas privativas de liberdade, as penas de detenção, reclusão, quando se tratarem de crimes mais graves e a prisão simples, quando for tratar de contravenção penal.³⁴

Comparada a outras sanções a pena privativa de liberdade é largamente utilizada nas legislações mais modernas, em que pese em outrora era apenas um instrumento de custódia provisório do acusado, enquanto este aguardava a execução da pena.³⁵

Observa-se que não é correto chamar as penas privativas de liberdade de penas corporais, segundo Flávio Augusto Monteiro de Barros³⁶, pois essa denominação se amolda às penas de açoite ou flagelo, que são proibidas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

As penas privativas de liberdade tem por principal aspecto a privação da liberdade, já as penas corporais o apenado sofre a ação no próprio corpo, assim vê-se que tais penas não atingem os mesmos bens jurídicos, sendo sanções distintas.

³² Bitencourt, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, Parte Geral 1**. Ed. Saraiva – 14.Ed.,2009, p.478

³³ Zaffaroni, Raúl Eugenio e Pierangeli, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Ed. Revista dos Tribunais – 5.Ed, p.747

³⁴ Rodrigues, Maria Stella Villela Souto Lopes. **ABC do Direito Penal**. Ed. Revista dos Tribunais - 13.Ed, p. 163

³⁵ Bitencourt, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, Parte Geral 1**. Ed. Saraiva – 14.Ed.,2009, p.642

³⁶ Barros, Flávio Augusto Monteiro. **Direito Penal – Parte Geral** – Ed. Saraiva – 9.Ed. 2011, p.454

2.3.1.1 Formação e Conceito da Pena Privativa de Liberdade

A forma punitiva adotada pela pena privativa de liberdade é a de submeter alguém a uma instituição total, em âmbito fechado na sua totalidade ou em parte da vida cotidiana.³⁷

As penas privativas de liberdade se dividem em duas, sendo previstas no Código Penal, elas são a de reclusão, de detenção. Em que pese, a prisão simples também seja uma pena privativa de liberdade, essa não está prevista no Código Penal e sim na Lei das Contravenções Penais.

Estas penas vem previstas no preceito secundário de cada tipo penal incriminador e permite a aferição da proporcionalidade e individualidade entre a sanção cominada com o bem jurídico por ele protegido³⁸. Em 1984, houve uma Reforma Penal Brasileira, no entanto as penas privativas de liberdade foram adotadas como gênero, e foi mantido a reclusão e detenção como espécies.³⁹

O que se percebe é que na execução da pena de reclusão e detenção, não se tem diferença. E isso é um ponto positivo, pois o apenado não é condenado para o castigo, a sua própria condenação já é um castigo.⁴⁰

Em que pese, o que se percebe é que no conjunto há diferenças entre a pena de reclusão e detenção, observa-se que a mais clara delas é o fato da pena de reclusão punir crimes mais graves, reservando-se os delitos de menor gravidade para a detenção.⁴¹ Outra diferença está expressa no art. 33 do Código Penal e faz referência aos regimes de execução da pena.⁴²

Hoje, continua sendo a espinha dorsal dos sistemas penais contemporâneos. Sendo a principal pena prevista nos Códigos Penais, principalmente no sistema penal brasileiro. Apesar da sua larga utilização nos dias atuais vem se tornando uma

³⁷ Zaffaroni, Eugenio Raúl. **Derecho Penal – Parte General**. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 927-928

³⁸ Greco, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral, Volume I**. Ed. Impetus – 13.Ed., 2011, p. 481

³⁹ Bitencourt, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, Parte Geral 1**. Ed. Saraiva – 14.Ed.,2009, p.480

⁴⁰ *Ibidem*, *Loc. Cit.*

⁴¹ *Ibidem*. p.481

⁴² Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. (BRASIL. **Decreto-Lei 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Ed.Saraiva, 2014)

verdade crescente quando se fala da falência da pena de prisão, muitos autores buscam a sua reforma, fazendo crítica a essa pena.⁴³ Como por exemplo, Ferrajoli, que afirma que o cárcere é uma instituição ao mesmo tempo antiliberal, desigual, atípica, extralegal e extrajudicial, sendo lesiva para a dignidade da pessoa humana.⁴⁴

O princípio da dignidade da pessoa humana já foi consagrado no ordenamento jurídico brasileiro, prova disso é que ele vem abarcado no art. 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988.⁴⁵

Segundo Canelutti⁴⁶, a pena do mesmo modo que o delito, é um mal ou como em termos econômicos, um dano. Então por esse motivo que não se pode afastar a aplicação da pena do princípio da dignidade da pessoa humana. Esse princípio busca que o apenado cumpra a restrição da liberdade, a sanção de forma digna, não ultrapassando os limites da raça humana.

Foi com o Direito Canônico que se remota a origem da pena privação da liberdade como pena, pois esse restringia a liberdade de locomoção. Dentre outras, as penas canônicas eram as internações em mosteiros e as reclusões em cela, o que originaram as penas privadas de liberdade.⁴⁷

2.3.1.2 Espécies de Pena Privativa de Liberdade

A pena de reclusão de acordo com o art. 33 do Código Penal, pode ser cumprida nos regimes fechado, semiaberto ou aberto, isso significa dizer que nem sempre ela vai se iniciar no regime fechado.⁴⁸

Por isso essa pena segue algumas regras, por exemplo, o preso reincidente sempre vai iniciar o cumprimento da pena no regime fechado, independente da quantidade

⁴³ Queiroz, Paulo. **Direito Penal – Parte Geral**. Ed. Saraiva – 3.Ed., 2006, p. 343

⁴⁴ *Ibidem*, *Loc. cit.*

⁴⁵ Art1º A República Federativa do Brasil, formada pela União, Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento, III- a dignidade da pessoa humana; (BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Ed. Saraiva, 2014)

⁴⁶ Canelutti, Francesco. **El problema de la pena**. Buenos Aires: Europa-América, 1947, p.14

⁴⁷ Brandão, Cláudio. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. Ed. Forense – 2.Ed., 2010, p.321

⁴⁸ Barros, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito Penal – Parte Geral**. Ed. Saraiva – 8.Ed., 2010, p.491

de pena a qual foi condenado.⁴⁹ Em contrapartida, a Súmula 269 do STJ⁵⁰, admite que o reincidente que tenha pena igual ou inferior a quatro anos inicie o cumprimento da pena no regime semiaberto.

Ressalta-se que o não reincidente condenado a mais de oito anos também começará a cumprir pena no regime fechado. Já o não reincidente com pena superior a quatro anos e que não exceda oito anos, poderá iniciar o cumprimento da pena no regime semiaberto. Em que pese, o não reincidente com pena inferior ou igual a quatro anos pode cumprir pena, desde o início, no regime aberto.⁵¹ Rogério Greco⁵² ainda acrescenta que a prisão preventiva, quando presentes os requisitos do art. 312 do Código Processo Penal, poderá ser decretada nos crimes dolosos a pena de reclusão.

Observa-se, que a pena de detenção deve ser cumprida em regime semiaberto ou aberto, e essa nunca vai se iniciar no regime fechado. Antigamente havia a ressalva do art. 10 da lei 9.034/95, em que pese essa lei foi revogada pela Lei 12.850/13.

Destarte, essa pena seguirá as seguintes regras o condenado reincidente deve iniciar o cumprimento, independente da quantidade de pena, no regime semiaberto; o não reincidente condenado, deve iniciar a pena no regime semiaberto, caso sua pena seja superior a quatro anos; o não reincidente que tenha sido condenado a pena inferior ou igual a quatro anos deve iniciar a pena no regime aberto.⁵³ Desse modo, vê-se que muitas das regras se aplicam ao dois tipos de pena, pois ambas admitem o regime semiaberto e aberto, ressalta-se que apenas a pena de reclusão admite o regime fechado.

A prisão simples, está expressa no ordenamento jurídico na Lei de Contravenções Penais. As contravenções penais são considerados infrações de menor lesividade. No Brasil, adota-se o critério dicotômico, o qual não há distinção entre crime e delito, sendo assim expressões sinônimas.⁵⁴

⁴⁹ *Ibidem.* p.492

⁵⁰ Súmula 269 do STJ - É admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais. (BRASIL. Súmula do STJ, Saraiva, 2014)

⁵¹ Barros, Flávio Augusto Monteiro de. *Op. cit.*, 2010, p.492 *et. seq.*

⁵² Greco, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral.** Ed. Impetur – 13.Ed., 2011 p.481

⁵³ Barros, Flávio Augusto Monteiro de. *Op. cit.*, 2010, p.492/493 *et. seq.*

⁵⁴ *Ibidem.* p.153

Para Nucci⁵⁵ a prisão simples é destinada às contravenções penais, isso quer dizer que esta pena não poderá ser cumprida em regime fechado, comportando apenas os regimes semiaberto e aberto. Bem como, não se pode colocar no mesmo lugar o contraventor condenado e os criminosos.

A diferença entre crime e contravenção vem no grau e na quantidade, pela ótica do legislador são considerados de menor gravidade social, por esta razão a pena aplicada é a prisão simples ou multa, podendo também ser ambas. Assim, a prisão simples é uma pena sem o rigor penitenciário, e é cumprida no regime semiaberto ou aberto.

O Código Penal traz as espécies de privação de liberdade no seu art. 33, com isso percebe-se que a primeira espécie da privação de liberdade cominada para as infrações criminais valoradas como mais gravosas para o legislador, enquanto que a segunda espécie ficou com as infrações menos gravosas.⁵⁶

Ainda existe outra espécie de pena privativa de liberdade que é a prisão simples, essa por sua vez não vem prevista no Código Penal, ela vem prevista na Lei de Contravenções Penais, em seu art. 5º.⁵⁷

A diferenciação entre a reclusão e detenção hoje se restringe basicamente no regime de cumprimento da pena, pois a primeira pode ser feita nos três regimes de execução, aberto, semiaberto e fechado, já a segunda só admite a execução em regime aberto e semiaberto.⁵⁸

Essa diferença se demonstra meramente quantitativa, fundada na gravidade do delito cometido. Em contrapartida, percebe-se que não existe nenhuma diferenciação ontológica. Não havendo nenhuma diversidade estrutural nas duas modalidades da pena.⁵⁹

⁵⁵ Nucci, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. Ed. Forense – 10.Ed., 2014, p.347

⁵⁶ Brandão, Cláudio. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. Ed. Forense – 2.Ed., 2010, p.324-325

⁵⁷ Art. 5º As penas principais são: I – prisão simples, II – multa. (BRASIL. **Decreto-Lei 3.688**, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm > Acesso em: 23 mai. 2015

⁵⁸ Prado, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro, Volume 1**. Ed. Revista dos Tribunais – 11.Ed., 2012, p. 530

⁵⁹ *Ibidem*. p.530/531

A legislação brasileira, por outro lado, apresenta várias hipóteses em que há uma desproporção entre a pena privativa de liberdade abstratamente cominada e a gravidade do crime que foi praticado.⁶⁰

Cabe ao legislador escolher a cominação de uma espécie ou de outra, quando ocorre a descrição abstrata da conduta incriminada, logo em seguida vai se estabelecer a pena, e essa poderá ser a de reclusão ou a de detenção, de acordo com a valoração do crime. Sendo que a prisão simples, apenas será aplicada no caso de contravenções penais, não havendo a possibilidade dele se aplicar a um crime.⁶¹

As consequências jurídicas mais severa se aplica aos agentes a pena privativa de liberdade cominada ao tipo de reclusão.⁶²

Nucci⁶³ preconiza que essa diferença seja extinta, tendo em vista que essas diferenças são mínimas, e na prática são quase sempre irrelevantes. Assim, a ordem de separação nunca foi obedecida pelas autoridades brasileiras, e as diferenças práticas entre as duas desapareceriam com o tempo, só permanecendo válidas para o processo penal.

2.3.1.3 Regimes de Cumprimento da Pena Privativa de Liberdade

Os regimes de cumprimento da pena estão elencados no Código Penal, nos artigos 34 a 36, e são eles o regime fechado, o regime semiaberto e o regime aberto. Mas é a Lei de Execuções Penais, nº 7210/84, que estabelece regras concretas para a execução das penas.⁶⁴

A principal diferença entre os regimes é o estabelecimento no qual a pena vai ser cumprida e as normas aplicadas a ela, o que leva a uma gradação de regime, decrescentemente mais gravosa a execução da referida pena.⁶⁵

⁶⁰ *Ibidem*. pg.531

⁶¹ Brandão, Cláudio. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. Ed. Forense – 2.Ed., 2010, p.325

⁶² *Ibidem*. *Loc. Cit.*

⁶³ Nucci, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. Ed. Forense – 10.Ed., 2014, p.348

⁶⁴ Zaffaroni, Eugenio Raúl e Pierangeli, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Ed. Revista dos Tribunais - 5.Ed. 2004, p.754

⁶⁵ Brandão, Cláudio. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. Ed. Forense – 2.Ed., 2010, p.326

Assim conclui-se que a razão para esses diferentes regimes é por conta do sistema penal brasileiro adotar um sistema progressivo de cumprimento de pena.⁶⁶ Desse modo, vê-se a possibilidade de um apenado começar a cumprir sua pena em um regime e termina-la em outro.

O regime fechado, o cumprimento da pena se dá em penitenciária e o preso realizará trabalho comum dentro do estabelecimento penitenciário, de acordo com suas aptidões ou ocupações anteriores, se forem compatíveis com a execução da sua pena.⁶⁷ Nesse regime, tem vários obstáculos à fuga, os presos ficam em celas individuais, realizando um trabalho comum no período diurno e durante o repouso noturno, há um isolamento celular, ficando cada preso sozinho em sua cela.⁶⁸

Contudo, hoje em dia as características do regime fechado acabam não sendo cumpridas, como por exemplo, o isolamento celular noturno não ocorre no ordenamento penal brasileiro, pois com a superlotação das penitenciárias não permite que cada preso tenha a sua própria cela e um isolamento dos demais presos.

No que tange, ao regime semiaberto, não existe a mesma previsão do isolamento no período noturno, nesse regime é possível que o condenado tenha direito a fazer um curso profissionalizante de instrução de segundo grau e superior. Já aqui ele cumpre a pena em colônia agrícola, industrial ou um estabelecimento similar. O trabalho externo nesse regime é admitido, inclusive na iniciativa privada.⁶⁹

Ao tratar do regime aberto, vê-se que é um regime que se baseia na autodisciplina e na responsabilidade do apenado. O recolhimento do apenado só vai se dar só vai se dar durante o repouso noturno e os dias de folga. Aqui o condenado deve trabalhar, frequentar cursos ou exercer outra atividade autorizada fora do estabelecimento e sem vigilância. Esse regime tem um mérito que é manter o contato do apenado com a sua família e a sociedade, assim fazendo com que esse indivíduo leve uma vida

⁶⁶ *Ibidem. Loc. Cit.*

⁶⁷ Bitencourt, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, Parte Geral 1**. Ed. Saraiva – 14.Ed.,2009, p.482

⁶⁸ *Ibidem.* p.326

⁶⁹ *Ibidem* p.483

útil e prestante.⁷⁰ Nesse regime, a execução da pena se dá em casa de albergado ou estabelecimento adequado.⁷¹

Em que pese, ao se falar do regime disciplinar diferenciado, esse não se trata de um regime de execução da pena, é uma sanção que ocorre quando o preso já esta cumprindo sua pena, quando o mesmo comete uma falta grave. Esse regime vai ter uma duração máxima de trezentos e sessenta dias e pode acontecer mais de uma vez, só não pode ultrapassar 1/6 da pena o apenado.

A lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos) proibiu o regime progressivo das penas quando se tratar de crime hediondo. Desse modo, submetia o condenado a um regime integralmente fechado. Após diversas alterações nessa lei as infrações penais tidas como crimes hediondos e estão tipificados no art. 1º dessa lei.⁷² Destarte, pela redação original do art. 2º, as penas seriam cumpridas no regime integralmente fechado. Todavia, com o advento da Lei nº 11.464/07, trouxe uma alteração a Lei dos Crimes Hediondos, bem como, parte desse artigo que trata de regimes tornou-se inconstitucional, essa inconstitucionalidade encontra-se prevista na Súmula Vinculante nº26 do STF⁷³, o regime passou a ser inicialmente fechado, permitindo assim a progressão de regime após o cumprimento de 2/5 (dois quintos)

⁷⁰ *Ibidem. Loc. Cit.*

⁷¹ Greco, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. Ed. Impetus – 13.Ed., 2011, p.482

⁷² Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados: I - homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV e V); I - homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV, V e VI); II - latrocínio (art. 157, § 3º, in fine); III - extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º); IV - extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, caput, e §§ lo, 2º e 3º); V - estupro (art. 213 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único); V - estupro (art. 213, caput e §§ 1º e 2º); VI - atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único); VI - estupro de vulnerável (art. 217-A, caput e §§ 1º, 2º, 3º e 4º); VII - epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º); VII-A – (VETADO); VII-B - falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, caput e § 1º, § 1º-A e § 1º-B, com a redação dada pela Lei no 9.677, de 2 de julho de 1998). VIII - favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável (art. 218-B, caput, e §§ 1º e 2º). Parágrafo único. Considera-se também hediondo o crime de genocídio previsto nos arts 1º, 2º e 3º da Lei no 2.889, de 1º de outubro de 1956, tentado ou consumado. (BRASIL. **Lei 8.072**, de 25 de julho de 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm > Acesso em: 26 de mai. 2015)

⁷³ Súmula Vinculante nº 26 do STF. Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico. (BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1271> >. Acesso em: 10 jun. 2015)

da pena para o condenado primário e de 3/5 (três quintos) para o reincidente.⁷⁴ Por conseguinte a lei nº 13.104/15 trouxe mais uma alteração na Lei dos Crimes Hediondos, em seu art. 1º que atualmente possui nova redação.⁷⁵

2.4 FINALIDADE DAS PENAS

Observa-se que modernamente a pena tem um tríplice finalidade que seriam retributiva, preventiva e reeducativa.⁷⁶ Remonta que o princípio da legalidade é a base de todo o conceito de pena.

Segundo Soler⁷⁷, a problemática de determinação da pena acaba sendo um problema de filosofia do direito, porque cabe saber se o direito adota a pena como uma sanção tão distintas das demais.

A finalidade da pena não pode de afastar dos princípios que as circundam, sendo eles o princípio da reserva legal, da anterioridade, intransmissibilidade, proporcionalidade e individualização, pois ao se afastar desses princípios é como negar um direito ao apenado. Esse tem como garantia a dignidade da pessoa humana.

Verifica-se que a norma penal busca inibir comportamentos delituosos, só que em verdade acaba não conseguindo este fim, pois ninguém deixa de praticar crimes pela possibilidade de sofrer a incidência da sanção penal, pois a normal penal não intervém no processo motivacional de formação da vontade de delinquir, assim quando o indivíduo deixa de cometer crimes é por um motivo de outra ordem, tal seja religioso, moral, cultural e não o sistema penal⁷⁸. A prova disso é que em outras culturas se permite determinados atos que no sistema penal brasileiro é visto como um delito.

⁷⁴ Greco, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. Ed. Impetus – 13.Ed., 2011, p.485

⁷⁵ Altera o art. 121 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. (BRASIL. **Lei n.13.104, de 9 de março de 2015**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm> Acesso em: 10 jun. 2015)

⁷⁶ Barros, Flávio Augusto Monteiro. **Direito Penal – Parte Geral** – Ed. Saraiva – 9.Ed. 2011, p.449

⁷⁷ Soller, Sebastian. **Derecho Penal Argentino**. Buenos Aires: TEA, 1992, p. 406

⁷⁸ Queiroz, Paulo. **Direito Penal-Parte Geral**, p.101

O problema real está na efetividade daquilo que foi proposto, pois o problema real encontra-se no cumprimento da pena institucional. Deste modo, Cezar Roberto Bitencourt⁷⁹ afirma que

Na verdade a questão da privação de liberdade deve ser abordada em função da pena tal e como hoje se cumpre e se executa, com estabelecimentos penitenciários que temos, com a infra-estrutura e dotação que dispomos, nas circunstâncias e na sociedade atuais. Definitivamente, deve-se mergulhar na realidade e abandonar o terreno dos dogmas, das teorias, do dever ser e da interpretação das normas.

Em contrapartida José Antonio Paganella Boschi⁸⁰, diz que “o objeto do direito penal clássico é a conduta humana tipificada na norma, acompanhada da sanção penal, esta orientada por finalidades retributivas, preventivas e ressocializadoras.”

Com isso percebe-se que as funções da pena são múltiplas e variáveis, formando um complexo heterogêneo e sua total captação seria irreconhecível, a tentativa de planificá-la acabaria caindo num simplismo.⁸¹

E por esse motivo que inúmeras teorias buscam justificar seus fins e fundamentos, reunidas em três grandes grupos que são as teorias absolutas, relativas e as unitárias ou ecléticas.⁸²

Em que pese objetivo seja a reabilitação ou a ressocialização do apenado, o que se vê é uma prisão em crise, e essa crise também abrange o objetivo ressocializador da pena privativa de liberdade, o que gera a impossibilidade absoluta ou relativa de obter algum efeito positivo sobre o apenado. O que demonstra uma ineficácia da pena privativa de liberdade.⁸³

Ao ponto que a pena não ressocializa, ela estigmatiza, pois dissocia da comunidade livre o apenado e ao mesmo tempo o associa a outros “antissociais”. A sociedade não se pergunta porque o indivíduo foi preso, e sim se foi preso ou não. Sendo “tão grande a ineficácia da prisão que não vale a pena sua reforma, pois manterá sempre seus paradoxos e suas contradições fundamentais.”⁸⁴

⁷⁹ Bitencourt, Cezar Roberto. **A falência da pena de prisão**. 1991, p. 241

⁸⁰ Boschi, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. Ed. Livraria do Advogado – 6.Ed. 2013, p.111

⁸¹ Amaral, Augusto Jobim. **Ensaio sobre uma teoria agnóstica da pena: fronteiras entre o político e o direito penal**. p.6

⁸² Prado, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro, Volume 1**. Ed. Revista dos Tribunais – 11.Ed, 2012, p. 512

⁸³ Bitencourt, Cezar Roberto. **A falência da pena de prisão**. 1991, p. 241

⁸⁴ *Ibidem*. p.242.

Com base nisso é notável que o discurso jurídico-penal vem se revelando como falso, mas atribuir sua permanência à má-fé ou a uma formação arbitrária seria cair num simplismo que apenas agregaria uma falsidade à outra.⁸⁵

O otimismo de que a prisão poderia ser instrumento idôneo para alcançar as finalidades da pena e que assim poderia reabilitar o delinquente a um convívio social, mas hoje o que se vê é o pessimismo, já que não se tem mais esperanças com a prisão tradicional.⁸⁶

Chegando ao ponto que se demonstra claro que a pena privativa de liberdade não consegue alcançar os objetivos esperados, e se ver uma crescente falência e perda das penas privativas de liberdade.

A prisão ao longo da sua existência veio passando por sucessivas reformas, não sendo mais a mesma prisão do passado, como por exemplo, do que se trata dos institutos da suspensão da condicional e transação.⁸⁷

Assim, observa-se que o direito penal reflete uma contradição entre igualdade dos sujeitos de direito e desigualdade substancial dos indivíduos. Essa igualdade acaba sendo instrumento da legitimação de profundas desigualdades.⁸⁸

Ao ponto que jamais poderá se ajustar a planificação do discurso jurídico-penal, já que cada sistema penal apresenta suas próprias características estruturais, ligadas ao exercício do poder e que anulam o discurso jurídico-penal.⁸⁹ Assim fica demonstrado uma deslegitimação do discurso jurídico-penal, no que diz respeito ao cumprimento das funções da pena no plano da realidade.

A maioria esmagadora das prisões está composta de presos que não alcançam o processo despenalizador. A maior parte dos internos está condenada por crimes patrimoniais violentos, como por exemplo extorsão mediante sequestro, latrocínio, roubo com emprego de arma de fogo.⁹⁰

Entretanto, a pena privativa de liberdade permite ao preso alguns artifícios para a redução do cumprimento da sua pena, como por exemplo a detração penal, com o

⁸⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. Ed. Revan – 5.Ed.2001, p.13

⁸⁶ Bitencourt, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, Parte Geral 1**. Ed. Saraiva – 14.Ed.,2009, p.106

⁸⁷ Queiroz, Paulo. **Direito Penal-Parte Geral**. Ed. Saraiva – 3.Ed., 2006, p.345

⁸⁸ Bitencourt, Cezar Roberto. *Op. cit.*, 2009, p. p.130

⁸⁹ *Ibidem. Loc. Cit*

⁹⁰ Queiroz, Paulo. *Op. cit.*, 2006, p.345

trabalho prisional, e a remição pelo trabalho e pelo estudo. Mas no que tange, as funções e finalidades da pena, percebe-se que não se consegue alcançá-las, isso por conta de um sistema prisional falido.

Então tem se visto que para sociedade mesmo não atingindo as reais funções da pena, se ela cumpre o “dever” de punir aquele que infringiu o ordenamento jurídico, que agiu na contramão do sistema penal, a pena vai continuar se mantendo como a principal forma do Estado demonstrar o seu poder impositor. Mostrando o poder através de uma sanção daqueles que vai contra aos seus regramentos.

Rememora-se que o art. 38 do Código Penal, conserva ao preso todos os direitos que não são atingidos pela sua liberdade, assim vai impor as autoridades o respeito à sua integridade física e moral.⁹¹

Desse modo, observa-se que o Estado acaba sendo uma faca de dois gumes, pois ao mesmo tempo em que precisa proteger a sociedade de um indivíduo infrator, que colocou em risco os demais habitantes e todo um ordenamento, também precisa garantir que esse infrator cumpra sua pena mas de forma digna, sem que o poder do Estado em sua atuação não ultrapasse os limites do princípio da dignidade da pessoa humana. Pois mesmo tendo infringido o ordenamento jurídico aquele indivíduo continua sendo humano, e tendo os seus próprios direitos que devem ser respeitados pela sociedade. Ou seja, o Estado precisa proteger a sociedade e também proteger o infrator.

⁹¹ Brandão, Cláudio. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. Ed. Forense – 2.Ed., 2010, p.475

3 TEORIAS LEGITIMADORAS DA PENA

Contudo é imprescindível fazer uma análise real das funções da pena, e modernamente há duas vertentes político-criminais que não podem deixar de ser analisadas quando se trata de função da pena, ou melhor do direito penal como um todo, são as teorias legitimadoras e as teorias deslegitimadoras⁹².

As teorias legitimadoras se dividem em teoria absoluta e teorias relativas (prevenção geral e prevenção especial), tendo este capítulo o objetivo de ressaltar os principais pontos dessas teorias, de modo a fazer um panorama geral.

3.1 TEORIAS ABSOLUTAS

Teorias absolutas são aquelas que vêem a pena como um fim em si mesmo, cuja sua justificação não vai depender de sua utilidade e muito menos da razão preventiva⁹³. “A pena se justifica, assim, *quia peccatum est* (pune-se porque pecou), nisso esgotando seu conteúdo”⁹⁴. Após essa afirmativa percebe-se que a teoria absoluta enxerga a função da pena como meramente uma retribuição pelo delito cometido.

Essas teorias, não respondem a indagação “para que” punir, mas se liga a essência ou a natureza jurídica, pois essas teorias só legitimam a pena justa, independente dessa ser útil ou não.⁹⁵

Para Kant, isso vai ser uma retribuição moral derivada de um imperativo categórico, com uma necessidade absoluta de justiça que independe de considerações finais e utilitárias, bastando a pena em si mesma.⁹⁶ “A teoria da retribuição não encontra o sentido da pena na perspectiva de algum fim socialmente útil, senão em que

⁹² Queiroz, Paulo. **Direito Penal – Parte Geral**. Ed. Saraiva – 3.Ed.,2006, p.83

⁹³ *Ibidem Loc. Cit.*

⁹⁴ *Ibidem. Loc. Cit.*

⁹⁵ *Idem. Funções do Direito Penal. Legitimação versus Deslegitimação do Sistema Penal*. Ed. Del Rey – 1.Ed., 2001 p.18-19

⁹⁶ Queiroz, Paulo. *Op. cit*,2006, p.83 *et. seq.*

mediante a imposição de um mal merecidamente se retribui, equilibra e expia a culpabilidade do autor pelo fato cometido.”⁹⁷

Deste modo, se tinha uma ideia de que a pena era uma espécie de castigo com o qual se expiava o mal cometido, esse mal que era visto como um pecado⁹⁸. Os principais representantes da teoria absolutista eram Kant e Hegel. No entanto é notória a diferença entre eles.

Vê-se que em Kant a fundamentação é de ordem ética, enquanto que em Hegel é de ordem jurídica. De acordo com Kant quem não cumpre as disposições legais não é digno do direito de cidadania, sendo assim obrigação do soberano castigar quem transgrediu a lei. Encontrando seus imperativos no dever-ser⁹⁹.

Segundo Kant¹⁰⁰ a pena tem que atender a uma necessidade absoluta de justiça, vai derivar de um imperativo moral incondicional. A pena basta em si mesma, e essas são regidas por princípios morais, categoricamente necessárias.

Em relação as teorias absolutas, pode-se fazer uma ligação com a lei do talião, pois o delinquente que viola a justiça e a ordem pública necessita ser devidamente castigado. Desse modo, a pena seria uma retribuição moral. O delinquente, apenas pagará pelo mal que ele cometeu à sociedade, sendo o principal objeto dessa teoria a retribuição, ou seja, o apenado paga pelo mal cometido e não para aterrorizar a sociedade.

Por outro lado, a tese de Hegel vai se resumir em sua frase: “a pena é a negação da negação do direito”. Sendo o contrário da pena teoria kantiana, a pena para ele vai encontrar sua justificação na necessidade de restabelecer a vigência da vontade geral, que é simbolizada na ordem jurídica e ao mesmo tempo negada pela vontade do delinquente.¹⁰¹

Para esse autor, a pena não é usada para fazer justiça, essa vai ser a reafirmação do direito. Assim, o crime é a negação do direito, pois esta ferindo o ordenamento jurídico, a pena é a negação do crime, por isso essa vai ser a reafirmação do direito.

⁹⁷ Roxin, Claus. **Derecho Penal – Parte general**, t.I, p.81-82

⁹⁸ Bitencourt, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, Parte Geral 1**. Ed. Saraiva – 14ªEd.,2009, p. 85

⁹⁹ *Ibidem*. p.87

¹⁰⁰ Queiroz, Paulo. **Funções do Direito Penal. Legitimação versus Deslegitimação do Sistema Penal**. Ed. Del Rey – 1. Ed., 2001, p. 19-20

¹⁰¹ Bitencourt, Cezar Roberto. *Op. cit.*, 2009, p.90 *et. seq.*

Para Hegel¹⁰² a pena não vai atender o mandato absoluto de justiça, diferente do pensamento Kantiano, vai haver uma razão que justifica e explica o processo dialético ao conceito e à ideia de mesmo de direito. A pena vai ser uma violência que anula outra violência. Em Hegel, a pena serpa uma necessidade lógica. Seria assim a reafirmação da vontade racional sobre a vontade irracional.

O que se percebe é que para a teoria absoluta de Hegel, vai haver uma retribuição jurídica, vai restaurar a razão do direito e não anula-lá, ou seja, a pena funcionará como um instrumento de manifestação do direito. Ao praticar um delito, o sujeito desobedece ao Estado e ao mesmo tempo tem que ser punido para que não viole mais o direito, para que esse prevaleça.

Vale salienta-ser que para essas teorias a pena não possui nenhuma finalidade prática, pois esta não via a recuperação social do criminoso, esse apenas vai ser punido pelo aquilo que cometeu.¹⁰³

Claus Roxin¹⁰⁴, afirma que essa teoria é 'absoluta' porque para ela o fim da pena é desvinculado do seu efeito social, sendo independente. Desde a antiguidade e permanecendo viva a concepção de pena como retribuição, a pena deve ser justa e isso pressupõe que corresponda com sua duração e gravidade do delito, assim o compensando-o. Sendo a pena de forma proporcional ao delito.

Conclui-se que essa teoria não se apresenta como a mais adequada para determinar as funções manifestas, latentes e legitimar a pena. Pois, afirma que somente com a retribuição do mal cometido vai se realizar a justiça, só que o sistema penal é precário e por consequência injusto, não atingindo assim a finalidade que essa teoria propõe.

Em contrapartida as teorias absolutas estão as teorias relativas da pena. Essas teorias se fundamentam no critério da prevenção, e são divididas em prevenção geral e prevenção especial.

¹⁰² Queiroz, Paulo. *Op. cit.*, 2001, p. 21 *et. seq.*

¹⁰³ Barros, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito Penal – Parte Geral v.1.** Ed. Saraiva – 8.Ed., 2010, p.482

¹⁰⁴ Roxin, Claus. Trad. Greco, Luís. **Estudos de Direito Penal.** Ed. Renovar – 2.Ed., 2010 p.81-82

3.2 TEORIAS RELATIVAS

No que se refere as teorias relativas, essas não possuem finalidade em si mesma. Assim, dão finalidade a pena, podendo ser vista como prevenção e ressocialização. Essas teorias se subdividem em teorias de prevenção geral e prevenção especial, bem como em positiva e negativa.

Em sua várias versões o fim da pena, é a prevenção de novos delitos, independente do caráter, seja esse geral ou especial, sendo atuante no ânimo daqueles que tenham incorrido na prática de crime. Em síntese, a prevenção geral positiva concebe a pena como instrumento de fortalecimento de valores éticos-sociais, já a prevenção geral negativa pretende desencorajar a generalidade das pessoas para praticar novos delitos, a prevenção especial busca por meio da pena a neutralização do delinquente, inibindo-o.¹⁰⁵

Na prevenção geral, vai se punir o sujeito para que este sirva de exemplo para os demais, pois essa teoria esta voltada para a sociedade em geral, para que essa presencie o sofrimento do apenado e se intimide, desse modo, não vindo a cometer novos delitos. Já a prevenção especial, tem como o objeto o indivíduo, aqui a pena vai atuar para que esse não volte mais a cometer delitos, buscando a ressocialização daquele indivíduo.

Na visão de Bitencourt¹⁰⁶, a formulação mais antiga das teorias relativas costuma ser atribuída a Sêneca, que, se utiliza do pensamento de Protágoras de Platão e afirma: “nenhuma pessoa responsável castiga pelo pecado cometido, mas sim para que não volte a pecar”¹⁰⁷.

Estas teorias buscam prevenir a ocorrência de novos delitos, independente do enfoque, o objetivo principal é a prevenção, podendo ser geral ou especial. Essa não se baseia na ideia de realizar justiça, mas na função de inibir a maior prática de delitos.

¹⁰⁵ Queiroz, Paulo. **Funções do Direito Penal – Legitimação versus Deslegitimação do Sistema penal**. Ed. Del Rey – 1.Ed., 2001, p.36

¹⁰⁶ Bitencourt, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte Geral 1**. Ed. Saraiva – 14.Ed., 2009, p. 92

¹⁰⁷ Winfried Hassemer, Fundamentos de Derecho Penal. *apud.* por Bitencourt, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte Geral 1**. Ed. Saraiva – 14.Ed., 2009, p.92

3.2.1 Prevenção Geral

A prevenção geral pode ser analisada sob o ponto de vista de dois aspectos, prevenção geral negativa, que também pode ser chamada de prevenção por intimidação. Essa pena que vai ser aplicada ao autor do delito tende a refletir na sociedade, evitando assim que as outras pessoas venham a praticar novos delitos.¹⁰⁸

A outra vertente é a prevenção geral vista como positiva, desse modo entende-se que a prevenção positiva não se trata da prevenção negativa dos delitos, seu propósito é infundir na consciência geral, a necessidade de respeito a determinados valores, exercitando assim a fidelidade ao direito¹⁰⁹.

Observa-se que o principal autor da prevenção geral negativa foi Feuerbach¹¹⁰ fundamenta que todos os crimes têm uma motivação psicológica que é a sensualidade, pois a concupiscência do homem vai impulsionar a cometer a ação, apenas por mero prazer. A aplicação da pena vai ser o contra-impulso (*spinta criminosa*). Nesse aspecto, a função da pena seria uma coação psicológica que combateria a tentação de cometer o delito, intimidando a generalidade das pessoas. Assim, entende que a anulação deste impulso se daria com a intimidação geral, sendo o objetivo final da norma, evitar novas ações delituosas.

Deste modo, observa-se que a função da prevenção geral negativa não é a coletividade, para prevenir a ocorrência de novos fatos típicos dados como criminosos.

Na visão de Hassemer¹¹¹ existe a esperança os cidadãos com tendência para a prática de delitos possam vir a ser persuadidos, por conta da sanção aplicada pela violação do Direito, e por essa ser previamente anunciada, estes se comportem em conformidade com o Direito. Assim, o direito penal ofereceria sua contribuição para o aprimoramento da sociedade.

¹⁰⁸ Greco, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral, Volume I**. Ed. Impetus – 13.Ed., 2011, p.473-474

¹⁰⁹ Queiroz, Paulo. **Funções do Direito Penal. Legitimação versus Deslegitimação do Sistema Penal**. Ed. Del Rey – 1.Ed., 2001 p.40

¹¹⁰ *Ibidem*. p. 36

¹¹¹ Hassemer, Winfried. **Três temas de direito penal**. *apud*. Greco, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral, Volume I**. Ed. Impetus – 13.Ed.,2011 p. 474

Salienta-se que tal teoria não oferece limites ao poder punitivo do estado, o que não condiz com o Estado Democrático de Direito, assim seria uma prevenção demasiadamente longe. Portanto, estaríamos diante de um Estado de Polícia e não um Estado Democrático de Direito, desse modo, tal teoria se torna incompatível, não justificando a pena. Vê-se que se trata apenas de uma imposição da lei, para expor um indivíduo como exemplo, um “testa de ferro”, para que os outros não cometam crimes.

Com a análise dos fatos, percebe-se que desde o início dos tempos sempre existiu delitos e com o decorrer do tempo percebeu-se que a pena não intimida novos delinquentes, ou seja, a função dessa teoria não desestimulou o ser humano à cometer novos delitos.

Se torna geral, porque a intimidação pretende alcançar através da ameaça da pena surta efeito em todos os membros da coletividade.¹¹² Vê-se que tal teoria não visa alcançar apenas o delinquente, ela busca atingir toda a sociedade, de modo a prevenir novos delitos.

Deste modo, a teoria da prevenção geral negativa busca introduzir a obediência ao estado, o qual foi lesionado por uma desobediência objetiva apenada à retribuição do injusto.¹¹³ Assim, a pena teria função de intimidar os potenciais criminosos existentes na sociedade, demonstra que os que cometem crimes sofrem sanções.

A prevenção geral positiva restabelece a ordem social que foi abalada pelo criminoso, se torna um instrumento de estabilização, assim busca a reafirmação dos valores éticos e sociais que foram quebrados. Sua função é reforçar, simbolicamente, a confiança da sociedade em geral no sistema social, de modo a superar a desregularização auferida pelo conflito o qual deve responder a pena, para obter o reequilíbrio do sistema.

Esta teoria, não se presta à prevenção negativa de novos delitos, demovendo potenciais infratores, seu propósito vai além disso, busca atingir a consciência geral,

¹¹² Barros, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito Penal – Parte Geral v.1.** Ed. Saraiva – 8.Ed., 2010, p.482

¹¹³ Zaffaroni, Eugênio Raúl; Batista, Nilo; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro I, Teoria Geral do Direito Penal.** Ed. Revan - 4.Ed.,2011, p. 115

para infundir a necessidade de respeito a determinados valores, para assim ser fiel ao direito, promovendo em última análise a integração social.¹¹⁴

Nesse aspecto a pena busca reforçar o conteúdo do direito, visa mostrar aos cidadãos que o direito é eficaz e que contempla valores e expectativas sociais, ressalta-se que aqui também se quer prevenir novos delitos. Porém, há uma preocupação da pena transmitir valores éticos, sociais, morais à sociedade, o objetivo da pena seria a integração social.

No pensamento de Durkheim¹¹⁵ o delinquente ofendia os estados fortes e definidos da consciência, se tornando um fator de coesão social, razão porque a pena, sendo a reação àquela ofensa, restauraria a coesão social, mantendo a consciência coletiva, assim cita

A pena não serve, ou só serve de maneira muito secundária, para corrigir o culpado ou intimidar seus possíveis imitadores; desse duplo ponto de vista, sua eficácia é duvidosa e, em todo caso, medíocre.

Percebe-se que a pena vai ser a restauração o pensamento coletivo que foi lesado pelo delinquente, assim se tornando à estabilização social. Sendo esta a principal função a prevenção geral positiva. O foco principal é a consciência dos cidadãos, não só o jurídico como o moral.

O delinquente ao atingir o bem jurídico, lesa o Estado, e esse não consegue voltar ao *status quo ante*, então a pena tem o dever jurídico de defender os interesses sociais para que o delito não os contamine, assim o direito penal vai concientizar a sociedade, reafirmando o direito, fidelizando as leis.

Para Welzel¹¹⁶, o direito penal vai ter a missão de proteger os valores elementares da consciência, de caráter ético-social e por consequência a proteção de bens jurídicos particulares. Assim, mais essencial do que a proteção dos bens jurídicos é a missão de assegurar a observância dos valores dos atos da consciência jurídica, pois a natureza do direito penal é vista como ético-social de caráter positivo. Desse modo, antes de fortalecer as lesões busca fortalecer os valores morais, há uma conexão do direito penal com os valores elementares e básicos da ética social.

¹¹⁴ Queiroz, Paulo. **Funções do Direito Penal. Legitimação versus Deslegitimação do Sistema Penal.** Ed. Del Rey – 1.Ed., 2001, p.40

¹¹⁵ Durkheim. **Da divisão social do trabalho.** *apud.* Queiroz, Paulo. **Funções do Direito Penal. Legitimação versus Deslegitimação do Sistema Penal.** Ed. Del Rey – 1.Ed., 2001, p.40

¹¹⁶ Welzel. **Derecho penal aleman.** *apud.* Queiroz, Paulo. **Funções do Direito Penal. Legitimação versus Deslegitimação do Sistema Penal.** Ed. Del Rey – 1.Ed., 2001, p.41

Para esse autor, a proteção dos bens jurídicos é secundária, ou seja, só vai ocorrer caso o cidadão não tenha compreendido os valores ético-sociais e tenha praticado delitos, pois a proteção tem finalidade coercitiva. Assim, é necessário que antes da proteção tenha a difusão dos valores morais.

Em análise das funções da pena, o pensamento de Jakobs¹¹⁷, cuja a formulação foi criada a partir dos sistemas de Luhmann, buscando a funcionalidade para o sistema social, o qual investiga-se o seu papel dentro do controle social. Assim, a pena se apresenta como uma necessidade funcional, como uma necessidade sistêmica de estabilização de expectativas sociais, cuja a vigência é assegurada antes da violação do sistema penal. Desse modo, o sistema social é preservado quando são asseguradas as expectativas sociais como condição de subsistência da ordem social.

Portanto, na visão desse autor, as normas visam a manutenção da configuração social básica, afirmando positivamente a expectativa de que as instituições funcionem ordenadamente, frente à sua inobservância. A pena passa a ser um problema apenas normativo, vai ser uma demonstração da vigência da norma à custa de um responsável, a função dessa vai ser afirmar positivamente a sua validade.

O delito destrói as expectativas de uma ordem social, pois se acredita que os cidadãos vão obedecer a lei e não cometerão delitos. Porém, quando um crime é praticado há uma violação do princípio da confiança, destruindo assim todas as expectativas. A pena vai ter como função a proteção e prevenção dessas expectativas, assegurando e reafirmando o direito.

Para Roxin¹¹⁸ a prevenção geral não é capaz de outorgar fundamento ao poder estatal de aplicar sanções jurídico-penais, e também não pode estabelecer os limites necessários para as consequências que essa atividade traz.

¹¹⁷ Jakobs, Gunther. **Derecho penal**. *apud*. Queiroz, Paulo. **Funções do Direito Penal. Legitimação versus Deslegitimação do Sistema Penal**. Ed. Del Rey – 1.Ed., 2001, p.47

¹¹⁸Roxin, Claus. **Sentido e limites da pena estatal**. *In: Fundamentais do Direito Penal*. Trad. Ana Paula dos Santos. Lisboa: Vega, 1998, p. 33

3.2.2 Prevenção Especial

Segundo Flávio Monteiro¹¹⁹ a prevenção é especial porque atua sobre a consciência do delinquente, e o faz medir o mal que praticou, inibindo-o, e assim evitando que o mesmo cometa novos delitos.

Nesta teoria a prevenção é voltada para o criminoso, e tem como finalidade específica evitar a reincidência. Isto é feito através da segregação do delinquente da sociedade, levando-o ao cárcere. Vê-se que o objetivo vai ser o indivíduo, ou seja, que o delinquente não cometa mais delitos.

A intervenção penal serve para a neutralização do delinquente e dos seus impulsos criminosos, impedindo-o de praticar novos delitos, o fim da pena é evitar a reincidência. Salienta-se que essa teoria já não se dirige à generalidade das pessoas, mas ao infrator da norma, buscando a conversão do criminoso para que o mesmo não cometa futuros delitos.¹²⁰

Paulo Queiroz¹²¹ fundamenta que a teoria da prevenção especial busca uma substituição da justiça penal por uma “medicina social”, isso numa análise mais radical da teoria, tendo como finalidade o saneamento social, através de tratamento do delinquente, seja pela sua segregação, definitiva ou provisória, ou por um tratamento ressocializador.

A prevenção especial também pode ser vista em dois sentidos, o primeiro deles é a prevenção especial negativa, em que existe uma neutralização daquele que praticou o delito, essa neutralização ocorre com o cárcere, evitando assim a reincidência através da segregação do criminoso. Isso reflete na retirada momentânea do indivíduo do convívio social, assim evita deste não cometer novos delitos na sociedade da qual foi retirado. Salienta-se que a neutralização do agente só ocorre quando, a ele for aplicada, a pena privativa de liberdade.¹²²

¹¹⁹ Barros, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito Penal – Parte Geral v.1.** Ed. Saraiva – 8.Ed.,2010, p.481

¹²⁰ Queiroz, Paulo. **Funções do Direito Penal. Legitimação versus Deslegitimação do Sistema Penal.** Ed. Del Rey – 1.Ed., 2001, p.56

¹²¹ *Ibidem.* p.57

¹²² Grego, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral, Volume I.** Ed. Impetus – 13.Ed., 2011, p.474

Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar¹²³ fundamentam que

As teorias da prevenção especial negativa atribuem à pena a uma função de eliminação ou neutralização física da pessoa para conservar uma sociedade, que se parece com um organismo ou com um ser humano, atingida por uma disfunção, que é preciso responder na medida necessária para neutralizar o perigo que implica sua inferioridade.

Segundo Roxin¹²⁴, a finalidade da pena é fazer com que o autor desista de praticar novos delitos, sendo única missão da pena. Desse modo, esta teoria tem como objeto o indivíduo que cometeu o delito, não a generalidade.

Assim, percebe-se que a teoria da prevenção especial negativa busca a neutralização do indivíduo, a exclusão e a segregação deste nos estabelecimentos prisionais. Quando a norma é descumprida, é uma ideologia que foi lesionada, assim a pena neutraliza e segrega o delinquente que lesionou o direito, para evitar que esse volte a lesionar a norma, cometendo novos delitos. Espera que o delinquente perceba que a sua ação gera uma consequência jurídica, a pena, e que isso o impeça de cometer novos delitos.

Para essa teoria a criminalização também visa a pessoa criminalizada, não para melhorá-la, mas para neutralizar os efeitos de sua inferioridade, sendo um mal para pessoa, mas um bem para o corpo social. Assim, denuncia que quando fracassada ou descartada as ideologias do “re” se apela para a neutralização e eliminação daquele indivíduo do convívio social.¹²⁵

Outra vertente é a prevenção especial positiva que busca que o autor não cometa novos delitos. Aqui se denota o caráter ressocializador da pena, fazendo com que o agente medite sobre o crime, inibindo-o do cometimento de novos delitos¹²⁶. “Ao contrário da prevenção geral, dirige-se exclusivamente ao delinquente em particular, objetivando que este não volte a delinquir”¹²⁷.

A prevenção especial positiva pode ser vista como a ressocialização do indivíduo, pois aqui a finalidade vai ser recuperar o condenado, inserindo-o novamente no

¹²³ Zaffaroni, Eugênio Raúl; Batista, Nilo; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro I. Teoria Geral do Direito Penal**. Ed. Revan – 4.Ed., 2011, p.115

¹²⁴ Roxin, Claus. **Derecho Penal – Parte General, t.I**, p.85

¹²⁵ Zaffaroni, Eugênio Raúl; Batista, Nilo; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro. *Op. Cit.*, 2011, p.127 *et seq.*

¹²⁶ Grego, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral, Volume I**. Ed. Impetus – 13.Ed., 2011, p.474

¹²⁷ Bitencourt, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, Parte Geral 1**. Ed. Saraiva – 14.Ed.,2009, p.96

convívio social. Essa teoria, desvia da finalidade de evitar a reincidência e busca a correção, a reeducação e a ressocialização do apenado. Atribui a pena a função de reparar o pensamento perigoso da pessoa para os mesmos fins, diante dos conflitos, tendo em vista a ressocialização, a reeducação e a reinserção do apenado ao convívio social.

Tal teoria reforça as internalizações valorativas do sujeito não criminoso para que assim possa conservar e fortalecer os valores ético-sociais em face das ações que lesionam os bens jurídicos e vão contra esses valores, esse pensamento retrata o modelo de Welzel. Em contrapartida, o modelo de Jakobs, reforça a confiança do público no sistema social, a fim de que possa superar a desnormalização provocada pelo conflito o qual a pena deve responder, para buscar o reequilíbrio.¹²⁸

Von Liszt em seu pensamento fundamentava que a o fim da pena era prevenir eficazmente a prática de futuros delitos, conforme a individualidade de cada delinquente. Desse modo, leciona que para os delinquentes ocasionais, aqueles que eventualmente não precisam de correção, vai se utilizar da advertência, já para aqueles que precisam de correção busca-se ressocializá-lo durante a execução penal, para os delinquentes habituais o fim da pena vai ser torna-los inofensivos por tempo indeterminado, enquanto for necessário. Assim, a função da pena seria a proteção dos bens jurídicos por meio da pena incidindo sobre a personalidade do criminoso, com a intenção de evitar novos delitos.¹²⁹ Desse modo, seriam medidas diferentes de acordo com o delinquente.

Vê-se que a finalidade dessa teoria seria o tratamento do delinquente para proteger a sociedade do mesmo. Assim, Flávio Monteiro¹³⁰ fundamenta que a pena encontra sua legitimidade na prevenção que ela visa alcançar, de modo que depois que ocorresse o primeiro crime existisse a certeza moral de que o delinquente não voltará a cometer nenhum outro delito.

Através da análise das ciências sociais, ficou comprovado que a criminalização deteriora o criminalizado, e mais o prisonizado. Desse modo, observa-se a

¹²⁸ Zaffaroni, Eugênio Raúl; Batista, Nilo; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro I. Teoria Geral do Direito Penal**. Ed. Revan – 4.Ed., 2011, p.116

¹²⁹ Queiroz, Paulo. **Funções do Direito Penal. Legitimação versus deslegitimação do Sistema Penal**. Ed. Del Rey – 1.Ed., 2001 p. 58-59

¹³⁰ Barros, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito Penal – Parte Geral v.1**. Ed. Saraiva – 8.Ed., 2010, p.482

impossibilidade estrutural que não foi solucionada pela ideologias do “re”: ressocialização, reeducação, reinserção, repersonalização, reindividualização, reincorporação, essas se encontram deslegitimadas, e são utilizadas apenas para que não se caia no retribucionismo irracional.¹³¹

3.3 TEORIAS UNITÁRIAS (MISTAS OU ECLÉTICAS)

Vê-se que as ecléticas (mistas ou unitárias) são as que predominam na atualidade, pois desejam superar as antinomias apresentadas pelas outras teorias e pretendem uni-las¹³². De certo modo vão buscar uma mediação entre as demais teorias vistas. O principal fundamento é que estas acreditam que a pena em sua aplicação pode abarcar todas as funções.

Desse modo, “para essa teoria, a justificação da pena depende, a um tempo, da justiça de seus preceitos e da necessidade para a preservação das condições essenciais da vida em sociedade (proteção dos bens jurídicos).”¹³³ Seria a união da justiça e da utilidade em uma só teoria. Este é um dos argumentos principais dessas teorias, pois vai buscar uma pluralidade funcional da mesma, e assim estabelece a marcante diferença entre fundamento e fim¹³⁴.

Cezar Roberto Bitencourt leciona que

As teorias mistas ou unificadoras tentam agrupar em um conceito único os fins da pena. Esta corrente tenta escolher os aspectos mais destacados das teorias absolutas e relativas. Merkel foi, no começo do século, o iniciador desta teoria eclética na Alemanha, e, desde então, é a opinião mais ou menos dominante. No dizer de Mir Puig, entende-se que a retribuição, a prevenção geral e a prevenção especial são distintos aspectos de um mesmo e complexo fenômeno que é a pena.¹³⁵

Essas teorias partem da crítica às teses sustentadas pelas teorias absolutas ou relativas da pena. Critica a forma unidimensional, demonstrando que essas são formalista e incapazes de abranger o fenômeno social do Direito Penal. Esse é um dos argumentos basilares para que se faça uma teoria que abranja a pluralidade

¹³¹ Zaffaroni, Eugênio Raúl; Batista, Nilo; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro – I**. Ed. Revan – 4.Ed., 2011 p.126

¹³² Queiroz, Paulo. **Direito Penal – Parte Geral**. Ed. Saraiva – 3.Ed.,2006, p.96

¹³³ *Ibidem. Loc. Cit.*

¹³⁴ Bitencourt, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, Parte Geral 1**. Ed. Saraiva – 14.Ed.,2009, p.98

¹³⁵ *Ibidem. Loc. cit.*

funcional da mesma. Diferenciando o fundamento e o fim da pena, desse modo, o fundamento da pena sustenta que a sanção punitiva não deve se fundar em nada que não seja o delito, o fato praticado.¹³⁶

Assim, essas teorias mediam entre as teorias absolutas e relativas, mediante a sua reflexão prática de que a pena, pode desenvolver a totalidade de suas funções frente ao delinquente e a sociedade, o que importa é conseguir uma relação equilibrada entre todos os fins da pena, sendo uma ponte da outra.¹³⁷

Para essas teorias a justificação da pena depende da justiça de seus preceitos e da necessidade de preservação das condições essenciais da proteção do bens jurídicos. Unindo justiça e utilidade, assim a pena só será legítima na medida em que for justa e útil.¹³⁸

Desse modo, mesmo que a pena seja justa ela não será legítima se não for útil, do mesmo jeito que se for necessária e não for justa também não vai ser legítima. Com isso, percebe-se o caráter pluridimensional da pena, pois para que se torne legítima é necessário mais de um aspecto.

A pena então seria, de modo conceitual, uma retribuição jurídica, mas que só se justificaria caso fosse necessária para a proteção da sociedade, ou seja, seria uma retribuição a serviço da prevenção geral ou especial de futuros delitos. Então vai haver uma retribuição no limite máximo da prevenção.¹³⁹

Segundo Flávio Monteiro¹⁴⁰ a pena vai abranger o caráter retributivo e preventivo, o retributivo pois consiste em uma expiação do delito, imposta até aos criminosos que não necessitam de ressocialização, já o preventivo porque vem acompanhado de uma finalidade prática, podendo ser a recuperação ou reeducação do delinquente.

Mir puig¹⁴¹, fundamenta que essas teorias atribuem ao Direito Penal uma função de proteção à sociedade, e distingue duas direções, sendo uma conversadora que é caracterizada pelos os que acreditam que a proteção da sociedade deve ter como base a retribuição justa e que os fins preventivos vão apenas desempenhar um

¹³⁶ *Ibidem. Loc. cit.*

¹³⁷ Queiroz, Paulo. **Funções do Direito Penal. Deslegitimação versus legitimação do Sistema Penal.** Ed. Del Rey – 1.Ed., 2001, p.66

¹³⁸ *Ibidem. Loc. cit.*

¹³⁹ *Ibidem. Loc. cit.*

¹⁴⁰ Barros, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito Penal – Parte Geral v.1.** Ed. Saraiva – 8.Ed., 2010, p.482

¹⁴¹ Mir Puig, Santiago. **Derecho Penal.** Barcelona: Julio César Faura. – 7.Ed., 2005

papel exclusivamente complementar, de outro lado, existe a corrente progressista que diz que o fundamento da pena é a defesa da sociedade, ou seja, a proteção dos bens jurídicos, e a retribuição vai ser apenas para estabelecer o limite máximo de exigências da prevenção.

Desse modo, percebe-se que as teorias unificadoras aceitam como critérios limitadores da intervenção da pena como sanção a retribuição e o princípio da culpabilidade. A pena só atinge no limite da responsabilidade do fato praticado.¹⁴²

A teorias mistas ou unificadoras da pena são adotadas pelo Código Penal Brasileiro, em seu art. 59¹⁴³, tal afirmação é justificada ao caput conjugar os verbos reprovar e prevenir o crime. Desse modo, há uma unificação das teorias absolutas e relativa, pois são esses os critérios das mesmas.

Rogério Greco¹⁴⁴ afirma que a redação contida no caput do art. 59 do CP, conclui pela adoção, na lei penal brasileira, de uma teoria mista ou unificadora da pena. Partindo do pressuposto que a parte final do caput salienta a necessidade de reprovação com prevenção do crime, fazendo, assim, que se unam as teorias absolutas e relativas, que se pautam em tais critérios.

3.4 TEORIA DIALÉTICA UNIFICADORA DE CLAUS ROXIN

Para Roxin, a finalidade da pena é exclusivamente preventiva, partindo do ponto que as normas penais só se justificam quando fazem a proteção da liberdade individual e a da ordem social qual ela serve. Desse modo, a prevenção geral e a prevenção especial devem figurar, conjuntamente, o fim da pena. Posto que os delitos podem

¹⁴² Bitencourt, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte Geral**. Ed. Saraiva – 14.Ed.,2009, p.99

¹⁴³ Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. (BRASIL. **Decreto-Lei 2.848**, de 7 de dezembro de 1940, Ed. Saraiva, 2014)

¹⁴⁴ Greco, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. Ed. Impetus – 13.Ed., 2011, p.474

ser evitados com a influência sobre o particular e sobre a coletividade, ambos os meios existem e são legítimos.¹⁴⁵

Segundo Yuri Carneiro¹⁴⁶, a teoria roxiniana vai consagrar os aspectos previstos nas teorias preventivas, salientando que a finalidade básica do Direito Penal será a prevenção geral subsidiária de delitos (positiva-negativa).

Em análise a teoria dialética Gamil Foppel¹⁴⁷ fundamenta que não se trata de uma mera soma das teorias preventivas, se trata de uma síntese diferenciada, dialética, busca aplicar os acertos anteriores, mas evitando incidir nos mesmos erros. Salienta-se ainda que para Roxin, a acepção da pena é utilitarista, pois ele vê na pena finalidades. É uma ideia equivocada pensar que por ser partidário de pensamentos de prevenção a teoria proposta por Roxin seria de prevenção geral ou especial, pura e simplesmente. Entretanto isso se justifica, justamente, por se tratar de uma teoria dialética, pois reuni pensamentos diferentes.

A análise das funções do direito penal devem partir de três momentos, distintos, mas que se integram e se complementam. Seriam esses a ameaça (cominação), a imposição (aplicação), e a execução da pena.¹⁴⁸ Assim, busca reuni-los para que a teoria da pena não fique em propostas isoladas, para que possa corresponder a realidade levando em consideração as diferenças existentes na sociedade, visando um princípio dialético. Cada momento deve ser analisado com suas particularidades e em cada um deles a ideia de fim da pena prevalece.

A primeira fase de manifestação do jus puniendi é a cominação abstrata da pena, o entendimento de Roxin é que para se saber os fins do Direito Penal, em primeiro lugar, tem que saber o Estado recebe o papel de titular do direito de punir, pois o poder emana do povo no estado democrático, desse modo o papel do Estado determina a função do direito penal que é criar e garantir a um grupo as condições de uma existência que satisfaça as suas necessidades vitais.¹⁴⁹

¹⁴⁵ Roxin, Claus. **Derecho Penal – Parte General, T.I. Fundamentos. La estructura de la teoria del delicto.** Ed. Civita – 2.Ed., p.95

¹⁴⁶ Coelho, Yuri Carneiro. **Introdução ao Direito Penal.** Ed. Juspodivm – 1.Ed., 2009, p.32

¹⁴⁷ Hireche, Gamil Foppel el. **A função da pena na visão Claus Roxin.** Ed. Forense – 1.Ed., 2004, p.73-74

¹⁴⁸ Queiroz, Paulo. **Funções do Direito Penal. Legitimação versus deslegitimação do Sistema Penal.** Ed. Del Rey – 1.Ed., 2001, p.68

¹⁴⁹ *Ibidem.* p.68-69

O precursor dessa teoria entende que o Estado possui uma dupla finalidade de proteção, tanto aos bens jurídicos essenciais e à prestação por parte dos cidadãos, assim fundamenta nos termos a seguir:

No Estado Morderno, junto a esta proteção de bens jurídicos previamente dados, surge a necessidade de assegurar, se necessário, através dos meios do direito penal, o cumprimento das prestações de caráter público de que depende o indivíduo no quadro da assistência social por parte do Estado. Com esta dupla função o direito penal realiza uma das mais importantes das numerosas tarefas do Estado, na medida em que apenas a proteção dos bens jurídicos constitutivos da sociedade e a garantia das prestações públicas necessárias para a assistência possibilitam ao cidadão o livre desenvolvimento da sua personalidade, que a nossa Constituição considera como pressuposto de uma condição digna.¹⁵⁰

Outro aspecto importante segundo Roxin é a ideia de que o condenado colabora para a ressocialização dele na execução da pena. Pois já que a pena pretende alcançar os defeitos de socialização do autor do delito, só consegue ser eficaz quando se estabelece uma relação de cooperação com o condenado, não sendo o ideal uma ressocialização forçosa.¹⁵¹

Desse modo, percebe-se que a teoria dialética, limita-se as teorias da prevenção especial e prevenção geral, afastando o aspecto de retribuição da pena. A culpabilidade do agente é o limite da pena, sendo necessária uma análise dessa para depois fazer a aplicação da pena, pois isso garante ao delinquente que a pena só sera aplicada de acordo com o grau de culpa daquele delito.

Nesta teoria o Direito penal é subsidiário, isso quer dizer que ele só deve interferir em situações extremas, em que não há outra solução do conflito. É a ultima ratio do controle social, unindo esse dado com a análise da natureza do Estado e da noção de culpabilidade nascem as condições de limitação às penas estatais.¹⁵²

Assim Paulo Queiroz¹⁵³ leciona que somente se pode punir as lesões de bens jurídicos e contravenções contra fins de assistência social, se isso for indispensável para a vida coletiva em ordem, pois onde se basta os meios do direito civil e direito público, o direito penal deve se retirar.

¹⁵⁰ Roxin, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. Ed. Vega, p.28

¹⁵¹ *Idem*. **Derecho Penal – Parte General, T.I. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito**. Ed. Civita – 2.Ed., p. 95-96

¹⁵² Hireche, Gamil Foppel el. **A função da pena na visão de Claus Roxin**. Ed. Forense – 1.Ed., 2004, p.76

¹⁵³ Queiroz, Paulo. **Funções do Direito Penal. Legitimação versus deslegitimação do Sistema Penal**. Ed. Del Rey – 1.Ed., 2001, p.69

Percebe-se que a aplicação da pena tem finalidade de proteção subsidiária e preventiva, bem como geral e individual dos bens jurídicos e também de prestações estatais, e ao se aplicar a pena esta vai se limitar a culpabilidade do agente em relação ao fato delituoso.

No que se refere a execução a pena visa à reintegração do delinquente a sociedade, sua ressocialização. Porém, Roxin adverte que é preciso respeitar a autonomia da pessoa, sendo proibido um tratamento coercitivo que interfira na estrutura da personalidade, mesmo que tivesse a intenção de ressocialização, pois não justificaria, não sendo admissível nesta teoria.¹⁵⁴

¹⁵⁴ Queiroz, Paulo. **Funções do Direito Penal. Legitimação versus deslegitimação do Sistema Penal.** Ed. Del Rey – 1.Ed., 2001, p.69-70

4 AS (DIS) FUNÇÕES DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE À LUZ DA TEORIA AGNÓSTICA

Em observância à atual realidade do sistema prisional brasileiro é visível que a pena não esta cumprindo as suas funções manifestas, por isso, diante do antagonismo existente entre o discurso oficial e o discurso real o presente capítulo busca esclarecer a (dis)funcionalidade do sistema penal, propondo sua (re)análise à luz da teoria agnóstica.

4.1 TEORIAS DESLEGITIMADORAS

As teorias legitimadoras estudadas no capítulo anterior possuem essa denominação porque reconhecem a necessidade do direito penal para o controle da criminalidade, ou seja, legitimam o estado para que este aplique a sanção aos que cometem delitos. Assim, o estado vai ter “autorização” para utilizar o poder punitivo para submeter o delinquente a pena privativa de liberdade.

Segundo Paulo Queiroz¹⁵⁵, as teorias do capítulo anterior reconhecem a legitimação do Estado para definir comportamentos como delituosos e assim submeter os delinquentes a um castigo mais eficaz. Reconhecem a idoneidade ao direito penal para a realização das funções que lhe foram assinaladas.

Entretanto, as teorias deslegitimadoras trazem um argumento contrário, não aceitam a intervenção do estado para punir os delinquentes. Desacreditam na eficiência do Sistema Penal como legitimante do controle punitivo, ou seja, não consideram o estado como legitimante para exercitar o poder punitivo.

Para Yuri Coelho¹⁵⁶ tais teorias buscam caracterizar que o Direito Penal não possui legitimidade para interferir na esfera da liberdade dos cidadãos. Desse modo, buscam reduzir ao máximo as possibilidades dessa intervenção ou excluir toda e qualquer possibilidade de intervenção penal. Acredita que o Direito Penal seria uma violência estatal.

¹⁵⁵ *Ibidem.* p.89

¹⁵⁶ Coelho, Yuri Carneiro. **Introdução ao Direito Penal.** Ed. Podivm – 1.Ed., 2009 p.34

Os dois principais movimentos político-criminais que se colocam nessa linha de pensamento de deslegitimação do sistema penal são as teorias do abolicionismo penal e o minimalismo radical.¹⁵⁷

O abolicionismo penal é representado por Hulsman e o minimalismo radical por Zaffaroni, e vão ter em comum o fato de se insurgirem contra a existência do próprio direito penal. Sendo assim, recusam a legitimação do Estado para exercer o poder punitivo, pois colocam em destaque a disparidade e a prática penais.

Observa-se que tais teorias possuem um argumento contrário as teorias legitimadoras e abominam a intervenção do estado. Desse modo, Paulo Queiroz fundamenta:

O abolicionismo e o minimalismo contemporâneos são movimentos de política criminal, vertentes da assim chamada nova criminologia ou criminologia crítica, surgida nos Estados Unidos por volta dos anos 60 e 70, que, rompendo com a criminologia tradicional (a criminologia positiva), e sob o influxo de teorias sociológicas principalmente (das mais diversas tendências), contrapõem ao paradigma etiológico, próprio da criminologia positiva, um novo paradigma, o paradigma do controle.¹⁵⁸

Tais teorias vão criticar o sistema penal, principalmente, a pena privativa de liberdade, dentre elas é possível ressaltar que o cárcere não educa, pois ao contrário do que ele deveria fazer, ele embrutece e dessocializa, pois não há um processo gradual de reinserção na sociedade. As condições nas prisões são subumanas.¹⁵⁹

Sobre esse aspecto Louk Hulsman, em seu livro *penas perdidas*, constata que:

As regras da vida na prisão fazem prevalecer relações de passividade-agressividade e de dependência-dominação, que praticamente não deixam qualquer espaço para a iniciativa e o diálogo; são regras que alimentam o desprezo pela pessoa e que são infantilizantes. O fato de que, durante o enclausuramento, as pulsões sexuais só possam se exprimir sob a forma de sucedâneos fantasiosos – masturbação ou homossexualidade – aumentam o isolamento interior. O clima de opressão onipresente desvaloriza a autoestima, faz desaprender a comunicação autêntica com outro, impede a construção de atitudes e comportamentos socialmente aceitáveis para quando chegar o dia da libertação. Na prisão os homens são despersonalizados e dessocializados.¹⁶⁰

¹⁵⁷ Queiroz, Paulo. **Funções do Direito Penal. Legitimação versus Deslegitimação do Sistema Penal**. Ed. Del Rey – 1.Ed., 2001 p.90

¹⁵⁸ *Ibidem*. p.90-100

¹⁵⁹ Hireche, Gamil Foppel el. **A função da pena na visão de Claus Roxin**. Ed. Forense – 1.Ed., 2004, p.117

¹⁶⁰ Hulsman, Louk; Celis, Jacqueline. **Penas Perdidas. O sistema penal em questão**. 2.Ed., 1997, p.63

Observa-se que ambos os movimentos possuem uma influência em comum, bem como são os mais representativos da criminologia contemporânea, assim de um modo geral convergem sobre os pressupostos e críticas ao sistema de justiça penal. Coincidem, por exemplo, quanto a deslegitimação do mecanismo de controle social, pois não cumpre as funções declaradas tradicionalmente, ou porque cumpre funções que o deslegitima, tendo como consequência a legitimação da sua supressão. Enfim, são teorias que deslegitimam o sistema penal.¹⁶¹

O abolicionismo penal busca a extinção de todo o sistema penal e de tudo que ele associa, defende que o sistema penal não é solução, pelo contrário é um problema por conta da sua precariedade e sua ineficiência.

Assim, o abolicionismo penal traz como proposta a substituição de todas as formas de intervenção penal por formas de solução de conflitos alternativas, excluindo todas as formas de pena privativa de liberdade, pois considera uma violência ao ser humano e uma forma de punição violadora de qualquer perspectiva do princípio da dignidade da pessoa humana.¹⁶²

Essa teoria propõe não só a extinção da pena, do direito penal, mas como a abolição imediata de todo o sistema de justiça penal. Afirma que o sistema penal é em si mesmo um problema social, bem como é um mal social que cria mais problemas do que os resolve, por essa razão deve ser abolido.¹⁶³

As correntes abolicionistas acreditam que o sistema penal encontra-se falido, por conta da sua seletividade e violência, tendo em vista a impossibilidade das prisões terem qualquer efeito positivo na recuperação do delinquente, não atingindo a perspectiva ressocializadora, sendo esta uma falácia. Desse modo, a pena acaba não sendo um instrumento apto para combater a criminalidade, muito menos proteger os bens jurídicos. Os abolicionistas buscam a resolução de conflitos na transferência desses processos para outras esferas do Direito.¹⁶⁴

Entretanto, o minimalismo radical não defende a supressão total e imediata do sistema penal. Vai defender a abolição a longo prazo, de forma mediata, em observa-se que também propõe a abolição do sistema penal, mas de forma

¹⁶¹ Queiroz, Paulo. **Funções do Direito Penal. Legitimação versus Deslegitimação do Sistema Penal.** Ed. Del Rey – 1.Ed., 2001 p.91

¹⁶² Coelho, Yuri Carneiro. **Introdução ao Direito Penal.** Ed. Podivm – 1.Ed., 2009 p. 36

¹⁶³ Queiroz, Paulo. *Op. cit.*, 2001 p.93 *et. seq.*

¹⁶⁴ Coelho, Yuri Carneiro. *Op. cit.*, 2009 p. 37 *et. seq.*

graduada. Busca a mudança nas bases da sociedade, ocorrendo uma transformação social.

Segundo Yuri Coelho¹⁶⁵, na teoria do minimalismo radical, o direito penal deve ser reduzido a estratos mínimos de intervenção na liberdade humana, sendo restrito às lesões mais graves aos bens jurídicos mais fundamentais, desse modo, cria-se um núcleo penal mínimo de delitos, o que na realidade seria uma redução radical da intervenção penal.

O minimalismo propõe a contração, uma diminuição da quantidade de tipos penais. Crime só seria os fatos que contém cargas maiores de reprovabilidade social, não deve-se punir bagatelas, coisas insignificantes.¹⁶⁶

Um dos principais representantes da teoria do minimalismo radical, Alessandro Baratta em seu livro *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal* fundamenta :

Ainda na perspectiva de um tal “uso alternativo” do Direito Penal, é preciso resguardar-se de supervalorizar a sua idoneidade e, ao contrário, dar a justa importância, também neste campo, a meios alternativos de controle, não menos rigorosos, que podem se revelar em muitos casos, mais eficazes.¹⁶⁷

Sob a perspectiva minimalista radical vai reconhecer o sistema penal como um subsistema de reprodução seletiva de desigualdades materiais, criminógeno e incapaz de realizar suas funções declaradas, entretando considera-se impossível a supressão total desse sistema sem que desencadeie mudanças na estrutura social, por essa razão é necessária a preservação tática do direito penal, enquanto não se operam tais mudanças.¹⁶⁸

Portanto, a proposta minimalista é uma redução da intervenção penal na esfera da liberdade humana e a ofertar uma série de garantias ao indivíduo, só podendo legitimar o sistema dessa forma, sendo qualquer outra forma de intervenção penal desprovida de legitimidade.¹⁶⁹

¹⁶⁵ *Ibidem.* p. 34

¹⁶⁶ Hireche, Gamil Foppel el. **A função da pena na visão de Claus Roxin.** Ed. Forense – 1.Ed., 2004, p.128

¹⁶⁷ Baratta, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal.** Trad. Juarez Cirino dos Santos. 2. Ed., 1999, p.202

¹⁶⁸ Queiroz, Paulo. **Funções do Direito Penal. Legitimação versus Deslegitimação do Sistema Penal.** Ed. Del Rey – 1.Ed., 2001 p.106

¹⁶⁹ Coelho, Yuri Carneiro. **Introdução ao Direito Penal.** Ed. Podivm – 1.Ed., 2009 p.36

Paulo Queiroz¹⁷⁰ fundamenta que não se trata de uma política de substitutivos penais, vagamente reformista e humanitária, mas trata-se de uma política muito mais ambiciosa, buscando reformas sociais e institucionais profundas para o desenvolvimento da igualdade, democracia e das formas de vida comunitária e civil alternativas e mais humanas. Sendo assim a melhor política criminal é uma política não penal.

Em resumo, os minimalistas entendem que para um sistema penal eficiente é preciso que apenas poucas condutas sejam tidas como crime, pois antes dele há outras formas de controle como a religião, a comunidade, a escola, a família. O direito penal seria a última ratio, uma forma de socorro, pois seria essencialmente e radicalmente subsidiário.¹⁷¹

Desse modo, entende-se que para o minimalismo radical o direito penal só vai poder ser substituído por outra coisa se a sociedade evoluir, assim a política criminal alternativa devem acompanhar a transição da sociedade para que se obtenha a autogestão social.

4.2 PENAS PERDIDAS (LOUK HULSMANN) X EM BUSCA DAS PENAS PERDIDAS (ZAFFARONI)

O livro “penas perdidas” retrata o pensamento do professor da Universidade de Rotterdam, Louk Hulsmann, que através das suas inquietações sobre o direito penal e, principalmente, sobre as interrogações sobre os princípios legitimadores do Estado, bem como os questionamentos feitos por Jacqueline Bernat de Celis delineiam a proposta do livro. Se considerando abolicionista, Louk, por perceber que o sistema penal jamais funcionaria com os princípios que pretendem legitimá-lo. Afirma ainda que as ciências sociais o levaram a essa posição, pois através da prática descobriu que elas não davam o tipo de resposta que ele esperava. E para a

¹⁷⁰ Queiroz, Paulo. **Funções do Direito Penal. Legitimação versus Deslegitimação do Sistema Penal**. Ed. Del Rey – 1.Ed., 2001 p.108

¹⁷¹ Hireche, Gamil Foppel el. **A função da pena na visão de Claus Roxin**. Ed. Forense – 1.Ed., 2004, p.130

assumir a posição abolicionista foi preciso mergulhar em si mesmo, ou seja, a evolução da sua visão de mundo, seu olhar sobre o sistema penal.¹⁷²

Em contrapartida, Eugenio Raúl Zaffaroni, em seu livro “Em busca das penas perdidas” oferece uma análise do panorama geral da deslegitimação do sistema penal, bem como uma proposta de reinterpretação do direito penal. O livro demonstra em suas páginas um realismo jurídico penal, e pretende sustentar a possibilidade de reconstrução da dogmática jurídico-penal, assumindo a realidade de poder do sistema penal e a sua deslegitimação. Trata-se de uma resposta ao livro “penas perdidas”.¹⁷³

Para Louk, a opinião pública traz o conceito de homem comum, que seria um homem obtuso, covarde e vingativo, bem como, não faz distinção entre os marginais, os viletos, os molestadores, reservando assim em bloco de desprezo público. E também vê o aparelho penal como o único meio de proteção contra os fenômenos sociais que perturbam o sistema como um todo. Entretanto, este homem comum não existe, é apenas uma abstração para legitimar o sistema existente e reforçar suas práticas, assim a noção pública possui uma linguagem desvinculada com a realidade. Assim, se ignora como realmente o sistema funciona, afirma que no dia em que compreenderem o peso de punir e excluir da máquina estatal, a consciência popular reivindicará a abolição do sistema penal.¹⁷⁴

Afirma que o discurso oficial (político, jurídico, científico) quando se refere ao sistema penal como um sistema racional, concebido, criado e controlado pelo homem é uma completa mentira, pois na realidade, cada órgão ou serviço trabalha isoladamente e cada pessoa intervém no funcionamento da máquina penal desempenhando sem papel sem se preocupar com o que passou antes dela ou passará depois.¹⁷⁵

Ao analisar o encarceramento, do ponto de vista real, percebe-se que é uma ilusão colocar em primeiro lugar a ordem, o interesse geral, a segurança pública e a defesa dos valores sociais, pois o encarceramento é privar alguém de sua liberdade, impedir de ir e vir ao ar livre ou onde bem entenda, sendo um mal bastante

¹⁷² Hulsman, Louk; Celis, Jacqueline Bernat de. **Penas Perdidas. O sistema penal em questão.** 2.Ed., 1997

¹⁷³ Zaffaroni, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas.** Ed. Revan – 5.Ed.2001

¹⁷⁴ Hulsman, Louk; Celis, Jacqueline Bernat de. *Op. cit.*, 1997 p. 55-56 *et. seq.*

¹⁷⁵ *Ibidem.* p. 58-59

significativo. Como também vai ser um castigo corporal, em regra, dizem que os castigos corporais foram abolidos, mas a prisão degrada o corpo.¹⁷⁶

Salienta-se que tais análises se encaixam, perfeitamente, no panorama atual tendo em vista que o sistema penal fere os direitos humanos do preso, e na execução da pena privativa de liberdade não dá as garantias legais que estão previstas na Constituição Federal, ou seja, não existe uma proteção ao preso e, conseqüentemente, a sua dignidade. Vê-se que na prática o que mais ocorre é a violação desses direitos e a total inobservância das garantias legais. Assim, em concordância com os aspectos relatados no livro “penas perdidas”, os problemas do sistema carcerário são provações físicas que adrigem o corpo do delinquente e o destrói.

Dentre os problemas do sistema penitenciário estão a superlotação das celas, sendo as mesmas precárias e insalubres, a má alimentação dos presos, o sedentarismo, o uso de drogas, a falta de higiene, agressões físicas, praticadas por agentes do sistema prisional, bem como, a violência praticada pelos próprios presos.

O condenado à prisão entra num universo alienante, em que as relações são deformadas, pois a prisão representa muito mais do que apenas a privação da liberdade, ela é a entrada num universp artificial onde tudo é negativo, sendo um mal social específico, um sofrimento estéril, do mesmo modo que é um sofrimento desprovido de sentido, um sofrimento “nonsense”.¹⁷⁷

Zaffaroni parte do ponto que é incontestável que se tem uma situação crítica e que à medida que a situação se torna insustentável, começa a se operar a saída mediante mecanismos negadores, estes por sua vez aparentam conservar a antiga segurança jurídica de resposta, embora reconheçam o problema. Observa-se que tais mecanismos não podem superar sua essência e, por conseguinte, não escondem a situação crítica que se manifesta em uma progressiva “perda” das “penas”, tendo as penas como infligção de dor sem sentido (“perdido” no sentido de carentes de racionalidade).¹⁷⁸

Na criminologia dos dias atuais, se tornou comum a descrição de operacionalidade real dos sistemas penais, mas de modo que nada tem a ver com o discurso jurídico

¹⁷⁶ *Ibidem.* p. 61-62

¹⁷⁷ *Ibidem.* p. 62

¹⁷⁸ Zaffaroni, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas.** Ed. Revan – 5.Ed.2001, p. 11-12

penal proposto. De outro modo, a programação normativa baseia-se em uma realidade que não existe e o conjunto de órgãos que deveria agir de tal modo, o faz de forma completamente diferente.¹⁷⁹

Assim, nota-se a existência de um abismo entre aquilo que está previsto em lei, os princípios e o que a doutrina traz em relação à execução da pena e a realidade do que acontece no sistema prisional atual, ou seja, não se consegue colocar em prática o que se prevê.

Para Zaffaroni, o discurso jurídico-penal revela-se como falso, entretanto se atribuir a sua permanência à má-fé ou à formação autoritária seria um simplismo que acabaria recaiando em outra falsidade. Esse discurso falso é sustentado pela incapacidade de ser substituído por outro, em razão da necessidade de defender os direitos de algumas pessoas. Isso leva a uma situação bem complicada, pois no momento em que se denuncia o discurso jurídico-penal como falso priva-se do único instrumento (precário, mas instrumento) disponível para a defesa dos direitos humanos.¹⁸⁰

O que se observa é que tais fatos levam a um impasse do qual não é possível sair, por conta da transitoriedade dessa situação, assim continuará apresentando os defeitos do sistema penal que, em regra, é causado pelo subdesenvolvimento, mas que serão recuperáveis mediante um desenvolvimento. Assim, salienta-se que o caminho é percorrer novas ideias e que se enquadrem na realidade atual da pena privativa de liberdade, que legitimem o direito penal, bem como, garanta um tratamento digno e humano ao delinquente, para que consiga manter as garantias legais previstas na execução das penas.

4.3 O DISCURSO AGNÓSTICO

A teoria agnóstica volta-se para uma crítica as teorias legitimadoras da pena, demonstrando que essas teorias não alcançam as funções que por elas foram propostas, desse modo, busca dar uma nova função ao direito penal frente à execução penal.

¹⁷⁹ Zaffaroni, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. Ed. Revan – 5.Ed.2001, p. 12

¹⁸⁰ *Ibidem*. p. 14

Desse ponto, vai surgir a teoria agnóstica, com uma concepção negativa da função da pena, ao fato que seria um mero ato de poder de explicação meramente político. Observa-se a circunstância do direito penal vir a ser um fator criminógeno, pois cria mais problemas do que os resolve, porque de forma arbitrária é causador de sofrimentos estéreis e inúteis.¹⁸¹ Assim, entende-se que atribuir uma função da pena a teoria agnóstica é o mesmo que remetê-la a um ato de poder que só tem explicação na política.

O discurso agnóstico tem como realidade que a pena não consegue cumprir nenhuma das suas funções manifestas, sendo assim uma teoria negativa. Desse modo, essa teoria surgirá do fracasso das teorias positivas que atribuem funções manifestas à pena.

Para Zaffaroni-Batista-Slokar-Alagia a pena possui um conceito ampliado, condizente ao princípio da limitação do poder punitivo, não seguindo o caminho das funções da pena. Por um lado, diz que é agnóstico quanto a função da pena, pois afirma não conhecê-la e por outro não atribui função positiva a mesma. Ao passo que aumentando o conceito da pena, inclui-se, manifestações latentes e eventuais que foram excluídas quando assumiu uma finalidade positiva.¹⁸²

Então ao entender a pena como um fenômeno da política não há de encontrar nenhuma fundamentação nem sustentação no direito, pois ela vai simbolizar a negativa do mesmo.

Salo de Carvalho¹⁸³ fundamenta que negar teorias da pena possibilita eliminar do discurso penal o seu lado não cumprido que mascara a real função da sanção, retomando assim seu identificador essencial que se encontra na esfera política. Resumindo a pena seria uma manifestação fática, de essência política, isenta de qualquer fundamentação jurídica e racional. Seria como a guerra em que a pena se caracteriza como meio extremo e cruel, isento de justificativa jurídica.

Vê-se que ao se deparar com a falência das funções declaradas da teoria da pena, tanto a prevenção geral, quanto a especial, caem frente às funções preponderantes

¹⁸¹ Queiroz, Paulo. **Funções do Direito Penal. Legitimação versus Deslegitimação do Sistema Penal.** Ed. Del Rey – 1.Ed., 2001 p.100

¹⁸² Zaffaroni, Eugenio Raul; Batista, Nilo; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro. Teoria Geral do Direito Penal v.I.** Ed. Revan, 2003 p.99

¹⁸³ Carvalho, Salo de. **Teoria Agnóstica: O modelo Garantista de limitação do Poder Punitivo.** In: *Crítica à Execução Penal.* Ed. Lumem Juris, 2002, p.29

que são as reais e não declaradas, como por exemplo a difusão da violência e da criminalidade. O que se percebe é que a solução não é uma nova teoria punitiva, mas sim uma teoria negativa ou agnóstica que surja do fracasso das demais teorias positivas, ou seja, se as funções da pena atribuídas pelo direito penal não são cumpridas deve procurar um conceito de pena que delimita esse universo por meio de outro caminho sem ser as suas funções.

Ao trazer uma concepção negativa da pena têm como vantagem a redução dos componentes de exclusão que vão explicar não ser juridicamente poder punitivo aquilo que na realidade é poder punitivo, bem como não ser pena aquilo que é pena.¹⁸⁴

Qualquer tentativa que se faz de isolar as funções reais da pena do poder punitivo é artificial, em concordância a esse aspecto Zaffaroni-Batista-Slokar-Alagia fundamentam:

O maior poder do sistema penaç não reside na pena, mas sim no poder de vigiar, observar, controlar movimentos e idéias, obter dados da vida privada e pública, processá-los, arquivá-los, impor penas e privar de liberdade sem controle jurídico, controlar e suprimir dissidências, neutralizar as coalizões entre os desfavorecidos.¹⁸⁵

Zaffaroni, em seu livro “Elementos para uma leitura de Tobias Barreto” afirma que esse autor antecedeu a conclusão dos raciocínios no sentido de ser a pena política e realista e não jurídica inventada em um mundo medido pela ilusão legislativa e doutrinária.¹⁸⁶

Assim chegou-se a perceber que simplesmente se teria uma ideia no plano ideal e na prática algo completamente diferente. Segundo, Eugenio Raúl Zaffaroni¹⁸⁷ considera que:

A dor e a morte que nossos sistemas penais semeiam estão tão *perdidas* que o discurso jurídico-penal não pode ocultar seu desbaratamento valendo-se de seu antiquado arsenal de racionalizações reiterativas: achamo-nos, em verdade, frente a um discurso que se desarma ao mais leve toque com a realidade.

Desse modo, Salo de Carvalho¹⁸⁸ conclui que a pena entendida como fenômeno da política, assim como a guerra, não vai encontrar sustentação no direito, em que pese

¹⁸⁴ Zaffaroni, Eugenio Raul; Batista, Nilo; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro. Teoria Geral do Direito Penal v.I.** Ed. Revan, 2003 p.72

¹⁸⁵ *Ibidem.* p.98

¹⁸⁶ *Idem.* **Elementos para uma leitura de Tobias Barreto.** In: *Ciência e Política Criminal em honra de Heleno Fragoso.* Ed. Forense, 1992 p.185

¹⁸⁷ *Idem.* **Em busca das penas perdidas.** Ed. Revan – 5.Ed.2001, p.12

vai simbolizar a própria negação do jurídico. A pena e a guerra se constituem através da potencialização da violência e da imposição incontrolada de dor e sofrimento. Por isso o caráter incontrolável, desproporcional e desregulado da política reivindica um limite para se adequar no âmbito das sociedades democráticas. Desse modo, o Direito penal é uma consequência necessária como uma alternativa à política, justificando-se como técnica de minimização da violência e do arbítrio. Não vai haver uma (re) legitimação da pena, pelo contrário, legitima-se o direito como regulador e inibidor da violência política da sanção.

Então o que se propõe não é mais uma teoria justificante do direito de punir, mas um apanhado teórico normativo capaz de impor certos limites, para que se evite o sofrimento. Esse deve ser o objetivo imediato, em concordância com um discurso que estabeleça limites máximos e tolerantes de uma irracionalidade, ocorrendo uma (re)estruturação do discurso jurídico penal.

De acordo com o exposto a Teoria agnóstica da pena, proposta por Zaffaroni, visa (re)fundar o direito penal sob a luz de uma teoria que demonstra que as funções da pena propostas pelas teorias positivas são falsas e irreais, pois tais fundamentos não condizem com a realidade apresentada no cenário prisional.

4.3.1 Deslegitimação do discurso jurídico-penal

É notória a existência de um abismo entre aquilo que prevê a lei, os princípios e a doutrina quando se refere à execução da pena e a realidade do que acontece no sistema penal punitivo. Tais fatos levam a uma análise sobre o grau de (i)legitimidade da intervenção penal no campo de atuação de uma política criminal, pois na prática o que se encontra é a constante violação dos direitos e a total inobservância das garantias legais previstas.

Michel Foucault, em seu livro “vigiar e punir”, leciona sobre a prisão:

Pois logo a seguir a prisão, em sua realidade e seus efeitos visíveis, foi denunciada como o grande fracasso da justiça penal. Estranhamente, a história do encarceramento não segue uma cronologia ao longo da qual se sucedessem logicamente: o estabelecimento de uma penalidade de

¹⁸⁸ Carvalho, Salo de. **Teoria Agnóstica: O modelo Garantista de limitação do Poder Punitivo**. In: *Crítica à Execução Penal*. Ed. Lumem Juris, 2002, p.36

detenção, depois o registro de seu fracasso; depois a lenta subida dos projetos de reforma, que chegariam à definição mais ou menos coerente de técnica penitenciária; depois a implantação desse projeto; enfim a constatação de seus sucessos ou fracassos. Houve na realidade uma superposição ou em todo caso outra distribuição desses elementos.¹⁸⁹

Vê-se que no que se refere a pena privativa de liberdade como sanção esta não cumpre as funções que lhe foram impostas, tornando assim o exercício do poder punitivo do Estado deslegitimado.

Para Nilo Batista¹⁹⁰ o sistema penal é apresentado como igualitário, o que atingiria igualmente as pessoas em função da suas condutas, entretando na realidade o seu funcionamento se apresenta como seletivo, só atingindo determinadas pessoas, bem como, se apresenta como justo, mas seu desempenho na realidade é repressivo, seja pela frustração de suas linhas preventivas, ou pela incapacidade de regular a intensidade das respostas penais, legais ou ilegais. Por fim, o sistema penal seria comprometido com a proteção da dignidade da pessoa humana, mas na verdade é estigmatizante, o que promove uma degradação naqueles que o frequentam.

Tais características são encontradas no sistema penal brasileiro e não é possível legitimar um discurso jurídico penal ignorando a contradição entre as linhas programáticas legais e a realidade do funcionamento dos estabelecimentos prisionais que executam a pena.

Paulo Queiroz afirma que o cárcere ao invés de reeducar ou ressocializar, na realidade, vai corromper, embrutecer, dessocializar. E que, com frequência, o réu mesmo privado de sua liberdade continua a cometer delitos.¹⁹¹

A forma que os discursos jurídico-penais atuam nada tem a ver com a descrição da operacionalidade real dos sistemas penais, pois a programação normativa vai se basear em uma “realidade” que não existe e o conjunto de órgãos que devem levar em consideração essa programação atuam de forma completamente diferente.¹⁹²

¹⁸⁹ Foucault, Michel. **Vigiar e Punir. História da violência nas prisões.** Ed. Vozes – 36.Ed., 1997, p. 250-251

¹⁹⁰ Batista, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro.** Ed. Revan – 11.Ed., 2007, p.25-26

¹⁹¹ Queiroz, Paulo. **Curso de Direito Penal – Parte Geral.** Ed. Juspodivm – 10.Ed., p.428

¹⁹² Zaffaroni, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas. A perda de legitimidade do sistema penal.** Ed. Revan – 5.Ed., 2001, p.12

O que Zaffaroni¹⁹³ entende por legitimidade do sistema penal é a característica outorgada pela sua racionalidade, em outras palavras, o sistema penal quis se mostrar como um exercício de poder planejado racionalmente. Entretanto esse discurso jurídico-penal seria racional se fosse coerente e verdadeiro.

Zaffaroni sintetiza a ilegitimidade do sistema penal:

- a) admite-se implicitamente que já se pode afirmar que o monopólio da violência pertence ao Estado, sendo mais adequado afirmar que seus órgãos pretendem o monopólio do delito;
- b) admite-se expressamente que a legalidade é uma ficção;
- c) o sistema penal converte-se em uma espécie de “guerra suja” do momento da política, na qual o fim justifica os meios;
- d) em razão da seletividade letal do sistema penal e da consequente impunidade das pessoas que não lhe são vulneráveis, deve admitir-se que seu exercício de poder dirige-se à contenção de grupos bem determinados e não à “repressão do delito”.¹⁹⁴

Vê-se que não é possível desconsiderar a deslegitimidade do sistema penal, tendo em vista a acumulação de riqueza na mão de poucos, que é fruto da formação social capitalista, e o sistema penal tende a ser estigmatizante e seletivo. Tal seleção ocorre tanto na criminalização primária quanto na secundária, e nesta última vem acompanhado à estigmatização.¹⁹⁵

Ademais, a deslegitimação esta além dos limites teóricos, pois é perceptível que os fatos da realidade também são responsáveis pela deslegitimação do discurso jurídico-penal, funcionam como interventor da realidade no plano teórico. Zaffaroni¹⁹⁶ afirma que o fato, mais notório, que vai gerar toda a ética deslegitimante é a morte, pois “ninguém seria tolo a ponto de negar que os mortos estão mortos”.

Porém, o que se percebe é que o saber jurídico ao invés de buscar mudar na prática os fatos que, por consequência, deslegitimam o discurso jurídico-penal, ele tenta maquiar a realidade e assim estancar a consciência ética para evitar a deslegitimação provocada pela percepção desses fatos.

De acordo com a atual situação do sistema prisional brasileiro se admite que, em boa parte, o problema da criminalidade tem relação com a estrutura penitenciária, e é incontestável que a pena de prisão se encontra em decadência. É indispensável

¹⁹³ *Ibidem.* p.19

¹⁹⁴ *Ibidem.* p.40

¹⁹⁵ Carvalho, Fernanda Moura de. **A (des)legitimação do sistema penal e a criminalidade.** In: *Revista da ESMape*, v.12, t.I, 2007, p.118

¹⁹⁶ Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Op. cit.*, 2001, p.38 *et. seq.*

que o sistema penal busque reformas para que possa haver efetiva humanização da justiça penal e sua concordância com a realidade atual.

Equacionar o problema da pena de prisão é muito difícil, entretanto, várias inovações poderiam ser implantadas, o que permitiria um abrandamento da questão, dentre elas estariam a incrementação de centros criminológicos permanentes integrados por profissionais das áreas de Sociologia Criminal, Antropologia Criminal, Política Criminal, bem como, novas intalações de penitenciárias e presídios compatíveis com sua finalidade e a população carcerária em conformidade com a capacidade da unidade prisional.¹⁹⁷

Por essa razão, vê-se necessário uma adequação do discurso jurídico-penal com a realidade do sistema prisional, tem-se como alternativa a visão agnóstica da pena para que assim consiga miminizar as mazelas trazidas pelo poder punitivo, de modo a por em concordância os princípios e garantias constitucionais e um sistema carcerário digno e legítimo.

4.3.2 Caráter criminógeno do sistema penal

Zaffaroni traz um dos conceitos mais abrangentes do que se entende por sistema penal,

ao controle social punitivo institucionalizado, que na prática abarca desde que se detecta ou supõe detectar-se uma suspeita de delito até que se impõe e executa uma pena, pressupondo uma atividade normativa que cria a lei que institucionaliza o procedimento, a atuação de funcionários e define os casos e condições para esta atuação.¹⁹⁸

Entretanto, a atuação do sistema penal, em muitos casos, vai ser criminógena, pois ao invés de coibir determinadas condutas, em verdade, acaba criando um ambiente propício não só para a poliferação dessas condutas, bem como, para outras condutas criminosas. A política de repressão realizada em favor do jogo do bicho e do tráfico ilícito de drogas seria um exemplo disso, pois o direito penal além de não inibir tais comportamentos ao colocar os mesmos na clandestinidade, torna-os

¹⁹⁷ Fernandes, Newton; Fernandes, Valter. **Criminologia Integrada**. Ed. Revista dos Tribunais – 2.Ed., 2002, p.664

¹⁹⁸ Zaffaroni, Eugenio Raúl; Pierangelo, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro – Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.70

atraentes do ponto de vista financeiro, o que gera uma concorrência violenta e sanguinária entre os seus exploradores.¹⁹⁹

O que se percebe é que o Estado ao proibir determinadas condutas acaba por estimular outras condutas delituosas. Então o direito penal não vai conseguir evitar a criminalidade, pelo contrário, acaba estimulando-a, e assim revela-se com um caráter criminógeno.

É manifesto que os sistemas penais, ao invés de prevenir futuras ações criminosas, se apresentam como condicionantes de tais condutas, basta verificar como se amplia o âmbito da violência mediante a segregação e a estigmatização social do apenado.²⁰⁰

Nilo Batista²⁰¹ considera que a seletividade, repressividade e estigmatização são características centrais do sistema penal brasileiro. E que em verdade era para o sistema penal ser comprometido com a proteção a dignidade a pessoa humana, mas ao trazer essas características acaba promovendo uma degradação da figura social do delinquente. Em outros termos, o sistema penal seleciona pessoas ou ações, bem como também criminaliza determinadas pessoas por sua classe e posição social.

Desse modo, é possível entender o sistema penal com “controle social punitivo institucionalizado”, ao qual vai se incluir ações controladoras e repressoras que aparentemente não deveriam ter correspondência com o sistema penal, isso porque na realidade, não obstante o discurso jurídico penal, o sistema penal vai se dirigir quase sempre contra certas pessoas mais do que contra certas ações.²⁰²

Cezar Roberto Bitencourt, em “A falência da pena de prisão”, afirma que um dos argumentos que leva a esta falência é o seu efeito criminógeno. Considera assim que a prisão ao invés de freiar a delinquência parece estimulá-la, transformando-se em um instrumento que oportuniza toda espécie de desumanidades.²⁰³

¹⁹⁹ Queiroz, Paulo. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. Ed. Juspodivm – 10.Ed., p.419

²⁰⁰ Burtet, Patrícia Oliveski. **Sistema penal brasileiro e as alternativas à prisão**. In: *Revista Juris Plenum – Doutrina, Jurisprudência, Legislação*. Ed. Plenum – ano II, n.7, 2006, p.71

²⁰¹ Batista, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Ed. Revan – 11.Ed., 2007, p. 26

²⁰² Zaffaroni, Eugenio Raúl; Pierangelo, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro – Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.70

²⁰³ Bitencourt, Cezar Roberto. **A falência da pena de prisão**. In: *Revista dos Tribunais*, Ed. Revista dos Tribunais – ano 80, v.670, 1991, p.248

O sistema carcerário é composto por diversos fatores dominantes que, em regra, imprimem a este um caráter criminógeno. Tais fatores podem ser classificados como materiais, psicológicos e sociais.²⁰⁴

Pode-se relevar dos fatos materiais as deficiências dos estabelecimentos prisionais, bem como a alimentação dos presos, que conseqüentemente contribuem para a agressão da condição física do delinquente. A prisão, por sua própria natureza, atinge a mente, o que muitas vezes eleva as tendências criminais do apenado. Por fim, a segregação do convívio social desadapta o indivíduo à vida na comunidade, impossibilitando a reinserção social do mesmo.

Diante do exposto, fica clara a demonstração que para o sistema penal não são todos que são iguais, pois se orienta através de estereótipos que recolhem caracteres dos setores marginalizados e humildes. A criminalização gera o fenômeno da rejeição do etiquetado, como também aquele que se solidariza a este, de forma que a segregação mantém a sociedade livre das mazelas do direito penal, isso incrementa a estigmatização social do delinquente.²⁰⁵

Assim, percebe-se que o sistema penal exerce uma função diversa, na realidade, daquele que propõe, pois ao invés de prevenir futuros delitos, garantir os direitos penais previstos, proteger os bens jurídicos, ele age em sentido contrário, através da segregação, da seletividade e da repressão. Com isso acaba estimulando novas condutas criminosas, pois o delinquente se vê, diante de todo o sistema penal, como um segregado, estigmatizado e que não conseguirá ser reinserido na sociedade, isso demonstra o caráter criminógeno do sistema penal.

Ademais, Paulo Queiroz afirma que quem pretende estudar ou compreender o sistema penal deve interpreta-lo, mas também aplica-lo de forma crítica, pois não pode deixar de reconhecer que o direito penal assenta sobre fundamentos teóricos no mínimo duvidosos e em todo caso sua necessidade é questionável, sobretudo em razão da excepcionalidade de sua intervenção, da duvidosa eficácia das normas, da

²⁰⁴ Bitencourt, Cezar Roberto. **A falência da pena de prisão**. In: *Revista dos Tribunais*, Ed. Revista dos Tribunais – ano 80, v.670, 1991, p.249

²⁰⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl; Pierangelo, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro – Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.72-73

possibilidade do apelo de outras formas menos violentas de controle social e da arbitrária seletividade inerente ao seu funcionamento.²⁰⁶

4.3.3 Neutralização do apenado

Diante da grande dificuldade do sistema penal cumprir as funções manifestas e declaradas da pena, a teoria agnóstica afirma que a pena só cumpre o papel degenerador da neutralização, tendo em vista que sem a reforma do sistema penal a ressocialização do delinquente se torna impossível.

Entretanto, Alessandro Baratta adverte que a finalidade de reintegração do apenado não deve abandonada, pelo contrário, deve ser reinterpretada e reconstruída sobre uma nova base. Para tanto, adverte que a reintegração social daquele que delinqüiu não deve ser perseguida através da pena e sim apesar dela, vez que para efeitos de ressocialização o melhor cárcere é o que não existe e arremata:

Qualquer passo que possa dar-se para fazer-se menos dolorosas e menos danosas as condições de vida no cárcere, ainda que seja só para um condenado, deve ser olhado com respeito quando esteja realmente inspirado no interesse pelos direitos e pelo destino das pessoas detidas, e provenha de uma vontade de mudança radical e humanista e não de um reformismo tecnocrático cuja finalidade e funções sejam as de legitimar através de qualquer melhoramento a instituição carcerária em seu conjunto.²⁰⁷

O sistema penal, em síntese, vai cumprir uma função substancialmente simbólica perante os delinquentes, ou seja, a sustentação da estrutura do poder social através da via punitiva é fundamentalmente simbólica.²⁰⁸

Desse modo, Zaffaroni afirma que é possível se pensar num modelo de sociedade com uma estrutura de poder repartido e igualitário que não seja necessário o sistema penal, em outras palavras, pensar em uma estrutura democrática do poder, mas que mantenha um certo grau de racionalidade.²⁰⁹

²⁰⁶ Queiroz, Paulo. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. Ed. Juspodivm – 10.Ed., p.421

²⁰⁷ Baratta, Alessandro. **Resocialización o control social – por un concepto crítico de reintegración social Del condenado**. In: *ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. (Org.). Sistema penal para o terceiro milênio: atos do colóquio Marc Ancel*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991b, p. 253-255.

²⁰⁸ Zaffaroni, Eugenio Raúl; Pierangelo, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro – Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.76

²⁰⁹ *Ibidem. loc.cit.*

Portanto, a (dis)funcionalidade que está passando o sistema penal acaba por negar a eficácia do discurso-jurídico penal, bem como, o projeto encarcerador, deixando evidente que a pena só cumpre o papel de neutralização do delinquente, ou seja, a pena retira o delinquente do convívio social, mas como não cumpre as funções de prevenção de novos delitos e a ressocialização do apenado, apenas o neutraliza. Tendo em vista que encarcerado “o mal” está neutralizado.

A partir do exposto é necessário se (re)formular o sistema penal, assim é proposto a adoção da teoria agnóstica da pena, tendo como objetivo a redução de danos e sofrimentos consequentes da intervenção punitiva do estado, sendo uma alternativa inversa do atual sistema prisional brasileiro. Desse modo, tal teoria vai buscar cumprir com os compromissos que propõe, em concordância com a realidade do sistema.

Assim, a teoria agnóstica pode ser vista como um dispositivo político que tem como papel determinante a contenção do poder punitivo. Desse modo, surge como uma alternativa à contradição existente entre os discursos positivos “legitimadores” da pena, fazendo a união do discurso jurídico-penal com a realidade.

O que se percebe é o sistema penal permite a preponderância da finalidade retributiva e a opção pela segregação punitiva, visando assim a neutralização dos delinquentes. Tais fatos fazem com que o sistema prisional se torne o centro das políticas sociais de controle. Hoje, a preocupação do Estado é desenvolver novas estratégias que resolvam o problema, apenas age de forma simbólica, para não perder a soberania que lhe é agregada. Isso retorna ao fator criminógeno do sistema penal.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a análise das (dis)funções da pena à luz da teoria agnóstica, levando em consideração o atual sistema prisional é possível chegar à algumas conclusões que serão expostas a seguir.

Tendo a pena como a principal forma de punição imposta pelo Estado ao delinquente, esta se relaciona com a privação ou restrição de um bem jurídico, caso o indivíduo pratique um fato tipificado como delituoso. Vários são os bens jurídicos que podem ser privados, sendo a pena ainda é a sanção mais violenta que o Estado pode impor. Em conformidade com o ordenamento jurídico brasileiro as penas são as privativas de liberdade, as restritivas de direito e a pena de multa.

Entretanto, o enfoque dessa pesquisa é na pena privativa de liberdade, hoje, esta pena ainda é o núcleo central de todos os sistemas punitivos do mundo contemporâneo, o sistema brasileiro adota três espécies de pena privativa de liberdade, são elas: detenção, reclusão e prisão simples. A pena privativa de liberdade submete ao delinquente a uma instituição total, em âmbito fechado, na sua totalidade ou em parte da vida cotidiana.

Observa-se que a pena possui três finalidades que seriam a retributiva, preventiva e reeducativa, tendo em vista que essas não podem se afastar dos princípios garantidores que circundam o direito penal. Entretanto, no decorrer da pesquisa ficou constatado que a realidade do sistema penal está muito distante desses princípios, pelo contrário, percebe-se que esse segrega, estigmatiza e repreende, estando em discordância com os direitos do preso.

Ao tratar das teorias “legitimadoras” da pena, que delimitam as funções da mesma, percebe-se que não cumpre as funções que por elas foram propostas, não logram êxito na execução da pena, ou seja, tem um discurso falso de proteção e harmonia social, mas que em verdade criminaliza e estigmatiza os que dependem do sistema prisional.

Como por exemplo as teorias absolutas que reportam um caráter meramente retributivo e que em tese a pena deveria promover a justiça. Mas o que se observou é que a pena, na versão de hoje, não serve como um instrumento de proteção do

indivíduo, bem como, em momento nenhum protegerá a sociedade. Com os fatos apresentados fica claro que a pena não se apresenta como justa, pelo contrário, é um atentado a integridade física do delinquente. Diante disso, faz com que o sistema penal perca sua legitimidade quanto à aplicação da pena.

Por outro lado, as teorias relativas ao atribuírem as funções de prevenção e ressocialização mostram que essas são completamente falhas, pois a pena não previne a ocorrência de novos delitos, tendo como exemplo o aumento do índice de criminalidade todos os anos e não a sua redução, bem como, ao retirar aquele cidadão do convívio social e não promover ações que possam reabilitar o indivíduo para o retorno a sociedade é, extremamente, cruel, violento e arbitrário.

Com os pontos acima relatados percebe-se que o discurso jurídico-penal está deslegitimado, porque não se pode falar de um discurso legítimo quando os elementos/funções que o legitimam não cumprem o seu papel. Ao passo que do jeito como se apresenta o sistema penal hoje este não exerce função nenhuma a sociedade, no máximo, fazendo uma interpretação aprofundada, pode-se dizer que esse exerce apenas a função de neutralização do delinquente.

Entretanto, as teorias deslegitimadoras surgem no sentido de suprimir o sistema penal do ordenamento jurídico, fazendo uma transferência das sanções penais para sanções em outras áreas do direito. Porém, não se pode excluir algo sem ter nada para substituí-lo, tendo em vista que a transferência dessas sanções para outras áreas no Brasil é incompatível, então como diz o ditado “ruim com ele, pior sem ele”.

Vê-se que o Código Penal Brasileiro adota a teoria unitária, pois traz em seu texto os verbos retribuir e prevenir fazendo referência as funções da pena, contudo não logra êxito na execução, tomando como exemplo a superlotação dos estabelecimentos prisionais, pois se cumprisse as funções diminuiria a criminalidade e conseqüentemente desafogaria tais estabelecimentos.

Assim, urge a teoria agnóstica como uma tentativa de adequação do sistema penal e as funções da pena, pretende-se através dela uma (re)formulação do direito penal, buscando uma ligação entre o sistema penal e a realidade atual. Vai servir como alternativa para amenizar as mazelas trazidas pelo poder punitivo. Compatibilizando assim para um direito penal digno e justo. Observa-se que mesmo para a teoria agnóstica que busca uma (re)leitura do direito é difícil definir qual é a função exata

da pena. Porém o que se precisa ter em mente é o sistema penal se apresentando a forma que está acaba por estimular a criminalidade, fazendo o caminho inverso ao que deveria seguir, conclui-se que tal sistema tem um caráter criminógeno ao invés de protetor.

Diante do exposto, cumpre atestar que:

- a) A pena privativa de liberdade não cumpre as funções as quais foram impostas pelas teorias legitimadoras da pena. E com isso causa a (dis)funcionalidade do sistema penal.
- b) O discurso jurídico-penal é visto como falso e deslegitimado, pois os elementos que o legitimaria não condizem com a realidade atual do sistema prisional, criando um abismo entre a realidade social e a execução da pena.
- c) O sistema penal apresenta um caráter criminógeno, pois ao invés de coibir condutas acaba criando um ambiente propício a criminalidade, tendo em vista que amplia o âmbito da violência mediante a segregação e a estigmatização social do apenado.
- d) A teoria agnóstica é a solução para a disparidade entre o sistema penal e a realidade, pois esta busca uma (re)formulação do direito penal vigente, visando a adequação do sistema penal com realidade, tornando à execução da pena mais justa e digna, reafirmando os direitos e garantias previstos na legislação. Assim, minimizaria o sofrimento e a dor impostas pelo poder punitivo. Tal (re)formulação legitimaria o discurso jurídico-penal, pois estaria cumprindo aquilo que lhe foi proposto. Sendo a teoria agnóstica a alternativa para o sistema penal, devendo ser inserida no ordenamento antes que se tenha a falência completa da pena privativa de liberdade.
- e) A questão das funções pena é fundamental para a legitimação do sistema penal como um todo, pois, ainda hoje, a pena privativa de liberdade é o núcleo das sanções impostas pelo estado, e por serem interligados, se a pena é defeituosa o sistema penal também é. Salienta-se que o sistema age sobre toda uma sociedade, e se este é defeituoso constrói uma sociedade defeituosa, onde só se aumenta a criminalidade tanto dentro quando fora das penitenciárias.
- f) Ao resolver as (dis)funções da pena minimiza os defeitos do sistema penal, bem como, as mazelas produzidas pela segregação, estigmatização e

repressão. Desse modo, o sistema penal deixa de ser ilegítimo e passa a ser legitimado, pois agirá de forma justa e digna, estando em concordância com os princípios, garantias e direitos penais previstos. Sendo um bem não só para aqueles que dependem do sistema penal como para toda a sociedade.

6 REFERÊNCIAS

Baratta, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 2. Ed., 1999

Baratta, Alessandro. **Resocialización o control social – por un concepto crítico de reintegración social Del condenado**. In: *ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. (Org.). Sistema penal para o terceiro milênio: atos do colóquio Marc Ancel*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991b, p. 253-255.

Barros, Flávio Augusto Monteiro. **Direito Penal – Parte Geral** – Ed. Saraiva – 9.Ed. 2011.

Batista, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Ed. Revan – 11.Ed., 2007.

Bitencourt, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, Parte Geral 1**. Ed. Saraiva – 14.Ed.,2009.

_____, Cezar Roberto. **A falência da pena de prisão**. In: *Revista dos Tribunais*, Ed. Revista dos Tribunais – ano 80, v.670, 1991.

Boschi, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. Ed. Livraria do Advogado – 6.Ed. 2013

Brandão, Cláudio. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. Ed. Forense – 2.Ed., 2010, p.325

BRASIL. Brasília- DF. **Decreto-Lei 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Ed. Saraiva, 2014.

BRASIL. Brasília- DF. **Lei 11.343/06**, de 23 de agosto de 2006. Ed. Saraiva, 2014.

BRASIL. Brasília- DF. **Constituição Federal de 1988**. Ed. Saraiva, 2014

BRASIL. **Decreto-Lei 3.688**, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm> Acesso em: 23 mai. 2015

BRASIL. **Lei 8.072**, de 25 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm> Acesso em: 26 de mai. 2015

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Súmula Vinculante nº 26 do STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1271>>. Acesso em: 10 jun. 2015

BRASIL. **Lei n.13.104, de 9 de março de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm> Acesso em: 10 jun. 2015

Burtet, Patrícia Oliveski. **Sistema penal brasileiro e as alternativas à prisão.** In: *Revista Juris Plenum – Doutrina, Jurisprudência, Legislação.* Ed. Plenum – ano II, n.7, 2006, p.71

Carnelutti, Francesco. **El problema de la pena.** Buenos Aires: Europa-América, 1947, p.14

Carvalho, Fernanda Moura de. **A (des)legitimação do sistema penal e a criminalidade.** In: *Revista da ESMAPE, v.12, t.I, 2007, p.118*

Carvalho, Salo de. **Teoria Agnóstica: O modelo Garantista de limitação do Poder Punitivo.** In: *Crítica à Execução Penal.* Ed. Lumem Juris, 2002, p.36

Coelho, Yuri Carneiro. **Introdução ao Direito Penal.** Ed. Juspodivm – 1.Ed., 2009, p.32

Fernandes, Newton; Fernandes, Valter. **Criminologia Integrada.** Ed. Revista dos Tribunais – 2.Ed., 2002, p.664

Foucault, Michel. **Vigiar e Punir. História da violência nas prisões.** Ed. Vozes – 36.Ed., 1997, p. 250-251

Greco, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral, Volume I.** Ed. Impetus – 13.Ed., 2011, p.469

Hireche, Gamil Foppel el. **A função da pena na visão Claus Roxin.** Ed. Forense – 1.Ed., 2004, p.73-74

Hulsman, Louk; Celis, Jacqueline. **Penas Perdidas. O sistema penal em questão.** 2.Ed., 1997, p.63

Mir Puig, Santiago. **Derecho Penal.** Barcelona: Julio César Faura. – 7.Ed., 2005

Nucci, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal.** Ed. Forense – 10.Ed., 2014, p.348

Prado, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro, Volume 1.** Ed. Revista dos Tribunais – 11.Ed., 2012, p. 530

Queiroz, Paulo. **Funções do Direito Penal. Legitimação versus Deslegitimação do Sistema Penal.** Ed. Del Rey – 1.Ed., 2001 p.40

_____, Paulo. **Direito Penal – Parte Geral.** Ed. Saraiva – 3.Ed.,2006, p.96

Rodrigues, Maria Stella Villela Souto Lopes. **ABC do Direito Penal.** Ed. Revista dos Tribunais -13.Ed, p.155

Roxin, Claus. **Derecho Penal – Parte General, T.I. Fundamentos. La estructura de la teoria del delicto.** Ed. Civita – 2.Ed., p.95

_____, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. Ed. Vega, p.28

_____, Claus. Trad. Greco, Luís. **Estudos de Direito Penal**. Ed. Renovar – 2.Ed., 2010 p.81-82

_____, Claus. **Sentido e limites da pena estatal**. In: *Fundamentais do Direito Penal*. Trad. Ana Paula dos Santos. Lisboa: Vega, 1998, p. 33

Soller, Sebastian. **Derecho Penal Argentino**. Buenos Aires: TEA, 1992, p. 406

Zaffaroni, Eugenio Raul; Batista, Nilo; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro. Teoria Geral do Direito Penal v.I**. Ed. Revan, 2003 p.72

_____, **Elementos para uma leitura de Tobias Barreto**. In: *Ciência e Política Criminal em honra de Heleno Fragoso*. Ed. Forense, 1992 p.185

_____, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas. A perda de legitimidade do sistema penal**. Ed. Revan – 5.Ed., 2001, p.12

_____, Eugenio Raúl; Pierangelo, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro – Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.70

Queiroz, Paulo. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. Ed. Juspodivm – 10.Ed., p.419

_____, Eugenio Raúl. **Derecho Penal – Parte General**. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 927-928