



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS
Curso de Bacharelado em Direito / Relações Internacionais

ERIKA GEORDANI PAIVA RODRIGUES

**ESTUDO CRÍTICO DA FUNÇÃO DA PENA NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO À LUZ DA TEORIA AGNÓSTICA DE EUGENIO ZAFFARONI**

BRASÍLIA-DF

2020

ERIKA GEORDANI PAIVA RODRIGUES

**ESTUDO CRÍTICO DA FUNÇÃO DA PENA NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO À LUZ DA TEORIA AGNÓSTICA DE EUGENIO RAUL ZAFFARONI**

Artigo científico apresentado como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais –FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCeub).
Orientador: Prof. Me. José Carlos Veloso Filho.

BRASÍLIA

2020

ERIKA GEORDANI PAIVA RODRIGUES

**ESTUDO CRÍTICO DA FUNÇÃO DA PENA NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO À LUZ DA TEORIA AGNÓSTICA DE EUGENIO RAUL ZAFFARONI**

Artigo científico apresentado como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais –FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCeub).
Orientador: Prof. Me. José Carlos Veloso Filho.

BRASÍLIA, ____ de _____ de 2020.

BANCA AVALIADORA

Prof. Me. José Carlos Veloso Filho (Orientador)

Prof. Marcus Vinícius Reis Bastos

ESTUDO CRÍTICO DA FUNÇÃO DA PENA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO À LUZ DA TEORIA AGNÓSTICA DE EUGENIO RAUL ZAFFARONI

Erika Geordani Paiva Rodrigues

RESUMO

Embora exista previsão legal sobre qual a função da pena adotada no ordenamento jurídico brasileiro, reprovar, prevenir e proporcionar condições para uma harmônica integração social bem como a ressocialização do condenado ou internado, é notória a existência de mazelas e de falhas no sistema prisional tradicional, prejudicando, assim, uma execução penal condizente com a função proposta pelo texto legislativo. Diante disso, o trabalho em tela objetiva promover, por meio de uma análise de dados carcerários e de referências doutrinárias, um estudo crítico sobre qual função da pena é efetivamente cumprida no âmbito jurídico nacional à luz da teoria agnóstica da pena de Eugenio Raúl Zaffaroni.

Palavras-chave: Teoria da Pena. Sistema Prisional. Direito Penal. Teoria Agnóstica da Pena.

Sumário: 1 Introdução. 2 Teorias da pena. 2.1 Teoria absoluta da pena. 2.2. Teoria relativa da pena. 2.3 Teoria mista ou unificadora da pena. 2.4 Teoria deslegitimadora da pena. 3 Atual situação carcerária brasileira. 3.1 Seletividade penal. 3.2 A vida após o cárcere. 4. considerações finais.

1 INTRODUÇÃO

Em face da conjuntura político-social de abusos policiais, de rebeliões carcerárias e de índices alarmantes de criminalidade, torna-se mister um estudo acerca de qual a efetiva função da pena no ordenamento jurídico brasileiro. É notória a conquista de um caráter humanizador da pena a partir do século XVII, no que toca a um contexto global, por meio da desenvoltura de princípios como a legalidade e a personalidade em somatória à criação posterior de correntes garantistas e de direito penal mínimo.

No entanto, a salvaguarda de direitos do apenado conjunta a uma função ressocializadora da pena, por vezes, apresenta força somente no plano teórico-jurídico, existindo, assim, uma dicotomia entre previsões legais e o que ocorre no contexto fático.

Diante disso, o presente trabalho visa a uma análise crítica sobre a teoria da pena no ordenamento jurídico brasileiro por meio de um estudo doutrinário e de dados no que tange ao sistema carcerário. A metodologia utilizada será, sobretudo, jurídico-sociológica e, no que concerne ao tipo de investigação, optou-se, pela pesquisa jurídico doutrinária. O raciocínio desenvolvido, por sua vez, consiste em predominantemente dialético.

O expoente máximo do castigo sobre o corpo como modelo anticriminal foram os suplícios. É sabido que a punição já era corpórea antes mesmo do aparecimento dos suplícios, no entanto, esse não se confunde com a simples punição física ou com a execução, trata-se de uma forma teatral de penalidade corporal assistida e apoiada por todo um conjunto social. Segundo Foucault seria uma produção diferenciada de sofrimentos, um ritual organizado para a marcação das vítimas e a manifestação do poder que pune, não sendo, absolutamente a exasperação de uma justiça que, esquecendo seus princípios, perdesse todo controle. Tendo nos “excessos” dos suplícios a investidura e toda a economia do poder.¹

O espetáculo da punição transmitido por esquartejamentos públicos, decapitações e açoites seria, pois, a mais evidente manifestação do poder sobre o corpo do apenado. É na figura dos suplícios, portanto, que a pena cumpre uma função distinta da defendida pelo direito moderno, qual seja: a de demonstração de poder. Somente a partir do período entre 1830 e 1848 é cumprido o objetivo de findar os suplícios², apesar de em um contexto global esse tenha sido um processo contínuo e moroso.

O fim do caráter aflitivo das penas teve como propulsor Cesare Beccaria, responsável por elaborar “Dos delitos e das penas”, cujo conteúdo vanguardista alçou o princípio da legalidade como basilar do direito penal contemporâneo. De acordo com o autor, “as penas que ultrapassam a necessidade de conservar o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza; e tanto mais justas serão quanto mais sagradas e inviolável for a segurança e maior a liberdade que o soberano conservar aos súditos”³. Extingue-se, então, em princípio, o conteúdo cruel da punição e a demonstração de poder sobre o corpo do acusado.

É fato que até mesmo as penas que restringem a liberdade consistem em uma manifestação do domínio sobre o corpo, fazendo parte, nas palavras de Foucault⁴, de uma economia política do corpo. Todavia, trata-se de punição corporal expressivamente menos intensa que os suplícios ou que as execuções aplicadas no vigor do direito romano e germânico.

Houve, ainda, sobretudo por meio da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a salvaguarda de uma natureza humanizada da pena. Consta na declaração que:

¹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: histórias da violência nas prisões. Petrópolis: Vozes, 1987. [E-Book]. Disponível em: <https://www.ufsj.edu.br/portal2-repositorio/File/centrocultural/foucault_vigiar_punir.pdf>. Acesso em: 22 de abril de 2020.

² FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: histórias da violência nas prisões. Petrópolis: Vozes, 1987. [E-Book]. Disponível em: <https://www.ufsj.edu.br/portal2-repositorio/File/centrocultural/foucault_vigiar_punir.pdf>. Acesso em: 22 de abril de 2020.

³ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Edição eletrônica eBookLibris, 2001. [E-Book]. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb000015.pdf>>. Acesso em: 22 de abril de 2020.

⁴ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: histórias da violência nas prisões. Petrópolis: Vozes, 1987. [E-Book]. Disponível em: <https://www.ufsj.edu.br/portal2-repositorio/File/centrocultural/foucault_vigiar_punir.pdf>. Acesso em: 22 de abril de 2020.

Artigo 5º: Ninguém será submetido a tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. (...)

Artigo 8º: Toda a pessoa tem direito a recurso efetivo para as jurisdições nacionais competentes contra os atos que violem os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela lei.

Artigo 9º: Ninguém pode ser arbitrariamente preso, detido ou exilado.⁵

Documentos e tratados internacionais posteriores se incumbiram de reafirmar e até mesmo de ampliar o caráter humanizado do poder punitivo expresso pela declaração supracitada. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, por exemplo, traz garantias como a vedação às torturas e às penas cruéis, corroborando com o exposto na Declaração dos Direitos Humanos, bem como traz a figura da pena com finalidade essencialmente de reforma e de readaptação social dos condenados⁶.

No que toca ao ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição Federal de 1988 foi promulgada sob um viés garantista alinhado aos direitos primários expostos na Declaração Universal de Direitos Humanos. Dentre as diversas garantias constitucionais do preso, o artigo 5º, inciso XLIX exprime o direito basilar do poder punitivo moderno: “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”⁷.

Questiona-se, contudo se as proteções legais expostas ao longo do texto constitucional, dos tratados internacionais ratificados e de outros diplomas legais têm sido aplicadas no contexto fático do sistema carcerário brasileiro. Na década de 1990, já na vigência da Constituição Cidadã de 1988 e após o regime militar de 1964, ocorreu o massacre do Carandiru, no qual, de acordo com números oficiais, foram mortos 111 presos pela intervenção policial após uma rebelião, embora haja dúvidas quanto ao real número de mortos⁸. Em um cenário mais recente, seja por ação ou omissão estatal, as garantias dos presos permanecem sendo violadas. No ano de 2020 foi constatado que bactérias têm consumido partes do corpo de presos da Penitenciária Agrícola de Monte Cristo, em Roraima, a qual se encontra em intervenção federal desde janeiro de 2019 após uma rebelião responsável por matar 33 presos⁹.

⁵ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>>. Acesso em: 22 de abril de 2020.

⁶ BRASIL. **Decreto n° 678, de 6 de Novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 12 de março de 2020.

⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 47ª ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2015.

⁸ MACHADO, Maíra Rocha; ASSIS MACHADO, Marta Rodriguez de (Org.). **Carandiru não é coisa do passado**: um balanço sobre os processos, as instituições e as narrativas 23 anos após o massacre. São Paulo: FGV Direito SP, 2015. [E-Book]. Disponível em: <<file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Carandiru-nao-e-coisa-do-passado.pdf>>. Acesso em: 12 de março de 2020.

⁹ **CONSULTOR JURÍDICO**. OAB-RR denuncia que presos têm partes do corpo deformadas por bactérias. ISSN 1809-2829. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-19/presos-roraima-partes-corpo-deformadas-bacterias>>. Acesso em: 9 de março de 2020.

Dentre as diversas teorias da pena a serem estudadas nos tópicos subsequentes, em um Estado Democrático de Direito, o critério mínimo para a função da pena deveria ser o de ressocialização e, ainda que fosse adotada uma função preventiva, não deveria ser dotada de cunho aflitivo e cruel, vez que o conceito de suplícios e de punição corporal como demonstração de poder já foram, em princípio, superados.

Nessa perspectiva, diante da incongruência entre o plano teórico-jurídico e a realidade fática carcerária, urge questionar por meio da pesquisa aqui disposta: qual a função da pena tem sido efetivamente aplicada no ordenamento jurídico brasileiro?

2 TEORIAS DA PENA

2.1 Teoria absoluta da pena

A teoria absoluta da pena tem como aspecto basilar a retribuição ao infrator pelo mal por ele causado. Manifesta-se, precipuamente, na figura da teoria hegeliana, bem como na teoria elaborada por Immanuel Kant. Todavia, o conceito retribucionista, não mais foco do direito penal moderno, torna-se melhor compreendido quando se analisa à luz de seu contexto de surgimento.

O Estado absoluto fundava-se em um misto de religião, monarquia e nobreza, possuindo os componentes dessas classes diversos privilégios, inclusive no aspecto tributário, quando comparados aos demais membros da população¹⁰. A pena nesse momento histórico consistia em uma afronta à própria monarquia, sendo a figura do rei muitas vezes confundida com um enviado divino, de forma que a infração seria, pois, uma ofensa direta a Deus. Posto fim ao absolutismo por meio de uma era de revoluções e de revoltas populares, a pena não mais poderia se justificar por uma afronta ao rei absoluto, carecendo, assim, de um novo fim para a sua existência¹¹.

Foi na ruptura do Estado absoluto, portanto, que surgiu o retribucionismo como aspecto justificador da pena. Tal teoria é tida como absoluta vez que não apresenta nenhum efeito social de reinserção do indivíduo na sociedade após a extinção da punibilidade ou de prevenção social, pautando-se exclusivamente em uma ideia de retribuição por todo mal causado. Nas palavras de Bitencourt:

Segundo esse esquema retribucionista, é atribuída à pena, exclusivamente, a difícil incumbência de realizar justiça. A pena tem como fim fazer justiça, nada mais. A culpa do autor deve ser compensada com a imposição de um mal, que é a pena, e o fundamento da sanção estatal está no questionável livre-arbítrio, entendido como a capacidade de decisão do homem para distinguir entre justo e injusto.¹²

¹⁰ HOBBSBAWN, Eric John Ernest. **A era das revoluções**: Europa. 14.ed.. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

¹¹ HOBBSBAWN, Eric John Ernest. **A era das revoluções**: Europa. 14.ed.. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

¹² BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 118.

O fundamento ético do retribucionismo teve como expoente máximo Immanuel Kant, representante do idealismo alemão. O filósofo nasceu em Königsberg, na Prússia Oriental no ano de 1724. Filho de pais luteranos, recebeu severa criação religiosa responsável por influenciar em suas construções filosóficas, sintetizadas em três obras principais: “Crítica da Razão Pura”, “Crítica da Razão Prática” e “Crítica do Juízo”¹³.

A construção kantiana retributiva possui como fundamento a premissa da norma penal enquanto imperativo categórico, isto é, uma ação com fim em si mesma. Na perspectiva do autor, o direito consiste em uma reunião de condições por meio das quais, com base em uma lei universal, o arbítrio de um é capaz de concordar com o arbítrio de outro¹⁴. A concepção de uma lei universal, portanto, parte do pressuposto de uma moralidade compartilhada entre todos os indivíduos dotados de racionalidade em um contexto global. Mencionada teoria incumbiu-se, pois, de combater o relativismo moral, segundo o qual a moralidade dependeria da situação existente em cada caso.¹⁵

A ética de Immanuel Kant pautada no fim em si mesmo impediria que a pena aplicada ao indivíduo fosse utilizada de forma instrumentalizada com outra finalidade se não a do fim em si mesma de punir, ou, ainda, de retribuir o mal causado pelo comportamento criminoso. Fundou-se, assim, o retribucionismo kantiano como premissa justificadora da pena.¹⁶

O fundamento jurídico primordial da teoria retributiva, por sua vez, foi desenvolvido por Friedrich Hegel. O filósofo nasceu em Stuttgart, Alemanha no ano de 1770 e foi conhecido como precursor do existencialismo. Por meio da obra “Linhas fundamentais de Filosofia do Direito”, Hegel construiu a ideia do crime enquanto negação do Direito posto¹⁷.

É evidente a aplicação do método dialético hegeliano no que toca à teoria absoluta da pena, haja vista a figura da antítese enquanto comportamento delitivo como negação do Direito e da síntese como negação da negação, isto é, a pena como negação da negação do Direito¹⁸. A pena seria, pois, uma forma de anular a negação do Direito que se dá na figura do comportamento delitivo. Embora os fundamentos sejam distintos, o retribucionismo hegeliano

¹³ PORFÍRIO, Francisco. "Immanuel Kant"; Brasil Escola. Disponível em: <<https://brasilecola.uol.com.br/filosofia/immanuel-kant.htm>>. Acesso em 20 de abril de 2020

¹⁴ KANT, Immanuel. **Princípios Metafísicos da Doutrina do Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

¹⁵ ALMEIDA, Guido Antônio. Sobre o Princípio e a Lei Universal do Direito Em Kant. Belo Horizonte, 2006, Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-512X2006000200002>. Acesso em: 02 de março de 2020.

¹⁶ KANT, Immanuel. **Princípios Metafísicos da Doutrina do Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014

¹⁷ KLEIN, Joel Thiago. As Críticas de Hegel à Teoria Moral de Kant: Um debate a partir do § 135 de Linhas Fundamentais da filosofia do direito. Santa Catarina, 2011 Disponível em: <<https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/dissertatio/article/download/8708/5751>>. Acesso em: 15 de março de 2020.

¹⁸ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**. São Paulo: Saraiva, 2011.

e kantiano possuem em comum a ausência de qualquer função preventiva, seja especial ou geral, ou, ainda, de qualquer função ressocializadora da pena, permanecendo exclusivamente um conteúdo retributivo do mal gerado à sociedade.¹⁹

A incompatibilidade existente entre Estado Democrático de Direito e o retribucionismo fez surgir críticas doutrinárias à teoria absoluta da pena. Um dos mais assíduos discordantes, Claus Roxin, aduz que:

A teoria da retribuição não nos serve, porque deixa na obscuridade os pressupostos da punibilidade, porque não estão comprovados os seus fundamentos e porque, como profissão de fé irracional e além do mais contestável, não é vinculante. Nada se altera com a substituição, que amiúde se encontra em exposições recentes, da idéia de retribuição (...) pelo conceito dúbio de expiação (...).²⁰

Para o autor, a premissa de que a pena exige a retribuição é carente de fundamentação, vez que nada impede que a pena concentre em torno do indivíduo os esforços ressocializadores. Ademais, trata-se, na perspectiva de Roxin, de mero ato de fé, haja vista a impossibilidade de se compreender como é possível eliminar o delito enquanto um mal com outro mal que seria a pena²¹.

É evidente que a pena enquanto retribuição do mal causado tem como origem o sentimento de vingança popular e estatal resquício ainda da fase de demonstração de poder sobre o corpo do acusado, bem como da era dos suplícios como espetáculos teatrais públicos responsáveis por despertar na população um sentimento de revanche pelo crime cometido. Trata-se, portanto, de teoria superada e expressivamente incompatível com o direito penal moderno.

Ainda que se use o argumento da Justiça como fundante da teoria retribucionista, é notório que ao direito penal não é cabido promover a concepção imprecisa de Justiça, devendo-se ater à proteção dos bens jurídicos selecionados pelo legislador e, em termos de política criminal, prevenir crimes e usar de ferramentas ressocializadoras para reinserir o apenado na sociedade uma vez extinta a punibilidade. Ademais, mais indevido é o uso do argumento divino pautado na necessidade de se pagar pelos seus atos, ou pecados, haja vista que no Estado Democrático de Direito a religião não é vinculada ao *ius puniendi* estatal.²²

¹⁹ GOMES, Erick Oliveira Rocha. **Finalidade da pena, tutela, bem jurídico e confronto com o viés jurídico-filosófico da moral**. Bahia, 2016. Disponível em: < <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/finalidade-da-pena-tutela-bem-juridico-e-confronto-com-o-vies-juridico-filosofico-da-moral/>> Acesso em: 18 de fevereiro de 2020.

²⁰ ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Lisboa: Vega, 2004, p. 19.

²¹ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**. São Paulo: Saraiva, 2011.

²² BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**. São Paulo: Saraiva, 2011.

Apesar da inaplicabilidade da teoria absoluta no contexto atual e não obstante as críticas tecidas a essa, faz-se necessário reconhecer os pontos positivos oriundos do retribucionismo. O conceito de proporcionalidade à gravidade do crime praticado, amplamente aplicado ao direito penal moderno e alçado como princípio no ordenamento jurídico brasileiro, advém da teoria da pena enquanto retribuição pelo crime cometido. Trata-se, portanto, de teoria condizente com o contexto histórico em que foi criada e de evidente importância para a contemporaneidade no que toca à elaboração do conceito de proporcionalidade²³

2.2. Teoria relativa da pena

Sob um viés antagônico ao retribucionismo penal, surge a teoria preventiva ou relativa da pena, a qual, segundo classificação elaborada por Paul Joan Anselm Ritter von Feuerbach, subdivide-se em teoria preventiva geral, atuando no escopo da sociedade nas modalidades negativa e positiva, e teoria preventiva especial, tendo como foco o próprio indivíduo apenado atuando também nas modalidades negativa e positiva. Trata-se de teoria a qual, em suma, visa a um efeito social, qual seja o de prevenção do comportamento delitivo, não se incumbindo, pois, de realizar justiça ou de retribuir o mal causado, mas sim de, por meio da aplicação da pena, evitar que novos delitos sejam cometidos no meio social.²⁴

A teoria preventiva geral negativa tem como aspecto fundante a pena enquanto ameaça de punição, agindo, assim, no psicológico social com o fito de prevenir o fenômeno delitivo. Presume-se, portanto, que o homem, enquanto ser dotado de racionalidade, ao premeditar um comportamento criminoso, desistiria de praticá-lo em virtude do medo da pena que eventualmente seria a ele imposta. A ameaça de pena age, pois, no psicológico do indivíduo dentro do meio social, e não no psicológico do apenado, com o intuito de que esse não venha a delinquir por medo de se encontrar na situação do próprio apenado. A pena seria, assim, conforme a corrente utilitarista, um mal necessário para que novos crimes fossem prevenidos.²⁵

Nas palavras do penalista Rogério Greco:

Pela prevenção geral negativa, conhecida também pela expressão prevenção por intimidação, a pena aplicada ao autor da infração penal tende a refletir na sociedade, evitando-se, assim, que as demais pessoas, que se encontram com os olhos voltados na condenação de um de seus pares, reflitam antes de praticar qualquer infração penal.²⁶

²³ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**. São Paulo: Saraiva, 2011.

²⁴ QUEIROZ, Shymene Silva. **A pena no Estado Democrático de Direito: Uma breve análise conceitual, principiológica e teleológica**. Brasil, 2010. Disponível em: < <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-pena-no-estado-democratico-de-direito-uma-breve-analise-conceitual-principiologica-e-teleologica/>>. Acesso em: 02 de abril de 2020.

²⁵ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral . 14. ed. Niterói: Impetus, 2012, p. 473.

²⁶ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral . 14. ed. Niterói: Impetus, 2012, p. 473.

É possível inferir que a teoria preventiva geral negativa adota a pena com a função de controle social por meio da ameaça e da intimidação. Trata-se, pois, de teoria falha e por diversas correntes criticada, vez que o controle social da pena não foi capaz por si só de, no contexto atual, reduzir ou, ainda, de paralisar os índices de criminalidade, os quais, ao contrário, permanecem subindo ainda que adotadas penas mais longas por meio da inclusão de qualificadoras para alguns tipos penais já existentes.

Ante as falhas expostas, surge a teoria preventiva geral positiva. Trata-se de teoria voltada não ao controle social por meio da ameaça da pena, mas de reforço à necessidade de fidelidade aos valores ético-jurídicos. De acordo com Cezar Roberto Bitencourt, “a pena passa, então, a assumir uma finalidade pedagógica e comunicativa de reafirmação do sistema normativo, com o objetivo de oferecer estabilidade ao ordenamento jurídico”²⁷.

A partir do desenvolvimento da função preventiva geral positiva, surgiram outras duas significativas teorias: a fundamentadora e a limitadora. A primeira delas tem como base os sistemas sociais de Niklas Luhmann, pautando-se na manutenção da expectativa da sociedade de se sentir segura devido à existência da pena. A teoria fundamentadora partiria, portanto, do pressuposto de que “enquanto o delito é negativo, na medida em que infringe a norma, fraudando expectativas, a pena, por sua vez, é positiva na medida em que afirma a vigência da norma ao negar sua infração”²⁸.

A teoria limitadora, por sua vez, manifesta-se como uma alternativa ante as mazelas da fundamentadora. Consiste em uma teoria unificadora dialética desenvolvida por Claus Roxin a qual visa reunir em uma só finalidade a função preventiva geral e a função preventiva especial, de forma que a condenação adequada seria aquela que contemplasse esses dois fins. Havendo divergência entre ambas as finalidades, deverá prevalecer a função preventiva especial, desde que a redução do *quantum* condenatório não seja tamanha a ponto de banalizar o caráter da pena.²⁹

No que toca à teoria preventiva geral como um todo, urge tecer algumas críticas. A primeira delas reside no fato de que não cabe ao direito penal desempenhar precipuamente uma função simbólica e pedagógica, cabendo à política criminal o desempenho desse papel. Isso porque ao *ius puniendi* estatal enquanto *ultima ratio* incumbe à proteção dos bens jurídicos previamente tutelados pela legislação penal, e não a função didática de ensinar aos indivíduos que compõem a sociedade que não se deve adotar um comportamento delitivo. Ademais, utilizar-se do direito penal para reafirmar valores ético-jurídicos, como propõe a teoria

²⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal:** parte geral. 17 ed.. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 145.

²⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal:** parte geral. 17 ed.. São Paulo: Saraiva, 2012, p.148.

²⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão.** São Paulo: Saraiva, 2011

fundamentadora, é demasiado grave vez que a estabilização de expectativas sociais poderia se dar de outras formas que não por meio da norma penal. Como exemplo, poderiam ser utilizadas diferentes políticas criminais bem como alternativas de políticas públicas. Por fim, em se tratando da teoria legitimadora, não se faz justa a diminuição e, por vezes, a desconsideração da culpabilidade em detrimento da priorização dos dois fins da pena ansiados por Roxin no momento de fixação do *quantum* condenatório³⁰.

A teoria preventiva especial, bem como ocorre na preventiva geral, visa evitar o delito, tendo assim um efeito preventivo social e sendo, pois, desvinculada do retribucionismo. Trata-se, contudo, de função da pena voltada ao indivíduo infrator especificamente e não aqueles que compõem o meio social. Nas palavras de Cezar Roberto Bitencourt:

Retomando o exame dos fins perseguidos pela prevenção especial, lembramos que esta não busca a intimidação do grupo social nem a retribuição do fato praticado, visando apenas aquele indivíduo que já delinuiu para fazer com que não volte a transgredir as normas jurídico-penais.³¹

Entende-se que pela prevenção especial negativa há a inocuização daquele que delinuiu a partir da retirada física desse do convívio social, de forma que, na figura da intimidação pessoal, o condenado ao premeditar novo crime se lembrará da pena cumprida e do mal a ele gerado, não vindo, assim, mais a adotar um comportamento delitivo. É importante frisar, contudo, que a neutralização do apenado só ocorre a partir da pena privativa de liberdade³², restando dúvidas sobre qual seria, nesse caso, a teoria aplicada em se tratando de outras modalidades de pena. Exemplo de inocuização com fito preventivo especial negativo no ordenamento jurídico brasileiro é o regime disciplinar diferenciado previsto no artigo 52 da Lei de Execução Penal³³.

No que tange à teoria preventiva especial positiva, não tem como objetivo intimidar o infrator ou retribuir o mal por ele causado, mas sim reafirmar os valores sociais de convivência com fulcro em uma ressocialização do apenado, evitando, assim, que esse venha a delinquir novamente. Mencionada teoria encontra subsídio em diversos tratados internacionais, inclusive na Declaração de Direitos Humanos e na Convenção Americana de Direitos Humanos, além de ter como expressão máxima a priorização das penas alternativas.³⁴

Diante disso, é possível inferir que a teoria preventiva especial positiva soluciona o problema da preventiva especial negativa ao propor uma função para todas as modalidades de

³⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 17 ed.. São Paulo: Saraiva, 2012.

³¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 142.

³² GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 14. ed. Niterói: Impetus, 2012.

³³ BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de Julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 12 de março de 2020.

³⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 145-171

pena, uma vez que a faceta negativa da referida teoria apenas poderia ser aplicada às penas restritivas de liberdade. Contudo, críticas ainda se fazem necessárias. A mais importante seria a dicotomia existente entre a teoria preventiva especial positiva pautada na ressocialização do apenado quando comparada à realidade carcerária brasileira, como será trabalhado nos tópicos subsequentes³⁵.

2.3 Teoria mista ou unificadora da pena

Ante a explanação nos tópicos supracitados acerca da finalidade da pena, é notória a existência de críticas quanto às teorias monistas justificadoras. Em síntese, critica-se a teoria absoluta, sobretudo, por ser desprovida de qualquer efeito social ao possuir como única finalidade a retribuição do mal gerado pelo comportamento delincente. No que toca à teoria preventiva geral em sua faceta negativa, é falho o pressuposto de que a ameaça de punição, por si só, seria capaz de prevenir o delito, vez que, como já exposto, o aumento da pena para determinados crimes não necessariamente reduz o índice de criminalidade. Ademais, a teoria preventiva geral positiva também é falha ao prever a pena como reafirmação de valores ético-jurídicos, isso porque o direito penal enquanto *ultima ratio* não deve ser dotado de caráter meramente simbólico. A teoria preventiva especial negativa, por sua vez, é incapaz de justificar as outras modalidades de pena além da privativa de liberdade. E, por fim, a teoria preventiva especial positiva, não obstante ser dotada de boas intenções ao se pautar na ressocialização, não é condizente com a realidade carcerária da maioria dos ordenamentos jurídicos hodiernos.³⁶

Diante, pois, da incapacidade das teorias monistas acima trabalhadas de lidar com a complexa gama de fenômenos sociais existentes no direito penal contemporâneo, surge, inicialmente a partir de Adolf Merkel, a teoria mista ou unificadora da pena, com o fito de abranger os aspectos positivos das teorias absoluta e preventiva. Nas palavras de Bitencourt:

Em resumo, as teorias unificadoras aceitam a retribuição e o princípio da culpabilidade como critérios limitadores da intervenção da pena como sanção jurídico-penal. A pena não pode, pois, ir além da responsabilidade decorrente do fato praticado, além de buscar a consecução dos fins de prevenção geral e especial.³⁷

Trata-se de teoria a qual, inicialmente, buscou justapor os fins preventivos, especiais e gerais, de forma a reproduzir, assim, as falhas das concepções monistas da pena. Contudo, posteriormente, em uma segunda etapa, passou a procurar outras construções capazes de

³⁵ BITTENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 145-171

³⁶ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 163-165.

³⁷ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 163-165.

unificar os fins preventivos gerais e especiais através dos estágios da norma, quais sejam, a cominação, a aplicação e a execução³⁸.

Não obstante a teoria mista ou unificadora possua diversos críticos, sendo Claus Roxin o mais assíduo desses³⁹, consiste em proposta justificadora da pena adotada no ordenamento jurídico brasileiro. Aduz o artigo 59 do Código Penal:

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.⁴⁰

De acordo com o caput do artigo retrotranscrito, em síntese o juiz estabelecerá a dosimetria da pena conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime. Depreende-se, pois, da referida previsão legal um misto entre a teoria absoluta, ao mencionar a necessidade de reprovação do crime, e a teoria preventiva ao destacar que a penalidade deverá se pautar também na prevenção do comportamento delitivo. Ademais, ao dispor “conforme seja necessário e suficiente”, o artigo 59 inferiu a aplicação do princípio da proporcionalidade na cominação da pena, sendo esse, novamente, decorrente da teoria preventiva.⁴¹

No escopo legal, portanto, adota-se a aplicação retribucionista da pena concomitantemente à aplicação preventiva, sendo possível identificar a primazia pela ressocialização, sobretudo no que toca à progressão de regime e à cominação de penas alternativas à privativa de liberdade. Todavia, a problemática reside na própria execução penal em que o aspecto ressocializador é, por muitas vezes, suprimido pela realidade carcerária. Ademais, no que diz respeito à fase posterior ao cárcere, é possível identificar que, na prática, permanecem os critérios antagônicos à reinserção do não mais apenado no contexto social⁴².

Ante o exposto no que toca à teoria mista ou unificadora adotada no ordenamento jurídico brasileiro, os tópicos subseqüentes do trabalho aqui disposto cuidarão de uma análise acerca de qual a teoria da pena tem sido efetivamente aplicada no contexto fático, incumbindo-se, pois, de comparar a realidade carcerária, a norma penal, a fase após o cumprimento da sanção penal e a teoria unificadora da pena.

³⁸ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 163-165.

³⁹ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 14. ed. Niterói: Impetus, 2012.

⁴⁰ BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 de março de 2020.

⁴¹ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 17 ed.. São Paulo: Saraiva, 2012

⁴² BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**. São Paulo: Saraiva, 2011.

2.4 Teoria deslegitimadora da pena

Eugenio Raúl Zaffaroni, marco teórico do trabalho aqui disposto, nasceu em Buenos Aires, Argentina no dia 7 de Janeiro de 1940. Formou-se pela Universidade Nacional do Litoral no ano de 1962. Participou da política argentina por um curto período como deputado constituinte em Buenos Aires e interventor no Instituto Nacional de Luta Contra a Discriminação. Acabou, contudo, por exercer a advocacia por mais de dois anos até ser nomeado, no ano de 2003, ministro da Corte Suprema da Argentina. Atualmente é juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos. O jurista foi responsável por desenvolver uma análise crítica do Direito Penal, elaborando, para tanto, dois importantes livros os quais servirão de base para a pesquisa aqui disposta, quais sejam: “Direito Penal Brasileiro” e “Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do Direito Penal”⁴³.

Em contraposição às teorias legitimadoras da pena, surgem, no direito penal moderno, as teorias deslegitimadoras, sobretudo, na figura da teoria agnóstica de Eugenio Raúl Zaffaroni. Antes, contudo, de uma análise aprofundada no tópico aqui trabalhado acerca da mencionada teoria, faz-se necessário promover um estudo sobre o subsídio teórico de seu surgimento.

Não obstante no início de sua produção acadêmica Zaffaroni partisse do pressuposto do direito penal enquanto um instituto legítimo, a partir, sobretudo, da obra *Em busca das penas perdidas* é possível identificar com clareza o posicionamento do autor no que toca a uma perda de legitimidade do sistema penal. Na perspectiva do penalista, a dificuldade basilar da matéria penal residiria na intensa preocupação com o *dever ser* exposto no texto normativo em detrimento do *ser*, isto é, o que o direito penal de fato é:

O discurso jurídico-penal é elaborado sobre um texto legal explicitando, mediante os enunciados da “dogmática”, a justificativa e o alcance de uma planificação na forma do “dever ser”, ou seja, como um “ser” que “não é” mas que “deve ser”, ou, o que é o mesmo, como um ser que “ainda não o é”. (...) Portanto, o discurso jurídico penal socialmente falso também é perverso: torce-se, retorce-se, tornando alucinado um exercício de poder que oculta ou perturba a percepção do verdadeiro exercício de poder.⁴⁴

Somado à preocupação excessiva com o *dever ser* em desfavor do *ser*, para o autor, outra crítica ao discurso jurídico-penal, no que toca a sua legitimidade, diz respeito ao uso exclusivo da legalidade formal como justificativa para o exercício do poder punitivo estatal⁴⁵.

⁴³ ITO, Marina. **Função do Direito Penal é Limitar o poder punitivo**. Rio de Janeiro: Revista Consultor Jurídico, 2009. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2009-jul-05/entrevista-eugenio-raul-zaffaroni-ministro-argentino>>. Acesso em: 28/04/2020.

⁴⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 18-19.

⁴⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 18-19.

É evidente, na doutrina jurídica, que legalidade e legitimidade são conceitos distintos, consistindo o primeiro desses naquilo que está “de conformidade com a norma jurídica”⁴⁶ enquanto legitimidade, conceito mais complexo, possui vinculação a uma fundamentação axiológica ético-legal. Nessa diretiva, não bastaria ao direito penal a utilização da legalidade formal – tendo em vista que a pena e a tipificação de condutas encontram subsídio na própria lei, bem como seguem o devido processo legislativo para sua existência – como instrumento legitimador do discurso jurídico-penal, dada a diferença etimológica existente entre legalidade e legitimidade. O fato de o direito penal ser legal não o torna, portanto, na perspectiva do autor, legítimo.

Outro aspecto deslegitimador residiria no “poder militarizador e verticalizador-disciplinar”⁴⁷ exercido pelos órgãos do sistema penal. A pressão punitiva se exprime não somente por meio da aplicação legal da pena ou pela ameaça da pena, as quais compõem parte ínfima e seletivista do direito penal como um todo, mas atinge, ainda, âmbitos diferentes da sociedade, de forma que até mesmo aqueles que são inimputáveis – em um primeiro momento excluídos, portanto, do alcance punitivo – acabam por serem alcançados pelo poder vertical militarizador:

Os órgãos do sistema penal exercem seu poder militarizador e verticalizador-disciplinar, quer dizer, seu poder configurador, sobre os setores mais carentes da população e sobre alguns dissidentes (ou “diferentes”) mais incômodos ou significativos. (...) Praticamente, não existe conduta – nem mesmo as ações mais privadas – que não seja objeto de vigilância por parte dos órgãos do sistema penal ou daqueles que se valem de sua executividade para realizar ou reforçar seu controle, embora mostrem-se mais vulneráveis em ações realizadas em público.⁴⁸

O poder controlador exercido pelos órgãos penais, contudo, não encontra respaldo nos discursos jurídico-penais, uma vez que esses tratam apenas das condutas legalmente tipificadas. Esse exercício de poder, portanto, ocorre de forma grandiosamente seletiva e às margens da legalidade⁴⁹.

Pondo fim ao capítulo primeiro nomeado de “A situação crítica do penalismo latino-americano” da obra “Em busca das penas perdidas”, Zaffaroni elenca um último aspecto responsável por figurar deslegitimidade ao discurso penal: a atuação da operacionalidade dos sistemas penais latino americanos à margem de qualquer hipótese de legalidade⁵⁰. Não obstante

⁴⁶ SANTOS, Washington dos. **Dicionário jurídico brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. [E-book]. Disponível em: < file:///C:/Users/Usuario/Downloads/DICIONARIO_JURIDICO_BRASILEIRO.pdf>. Acesso em: 27 de março de 2020.

⁴⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 23.

⁴⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 23-25.

⁴⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 23-25.

⁵⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 23-25.

as leis tipificadoras de condutas atuam, partindo de uma análise geral da América Latina, conforme à legalidade, não é errado inferir de forma generalizada que a operacionalidade do sistema penal se encontra preenchida de ataques aos direitos humanos e à qualquer garantia penal, atuando mediante torturas, homicídios, estupros e corrupção por parte dos funcionários das agências executivas carcerárias⁵¹.

Ante a deslegitimidade do sistema penal como um todo e tendo em vista a seletividade que compõe o discurso jurídico-penal – o que o faz ainda mais antagônico a qualquer noção de legitimidade –, a teoria agnóstica surge quase que como uma consequência. Mencionada teoria, a qual encontra, no âmbito brasileiro, apoiadores como Nilo Batista na obra “Manual de Direito Penal Brasileiro” em coautoria com Eugenio Raúl Zaffaroni e Salo de Carvalho por meio da obra “Teoria agnóstica da pena: entre os supérfluos fins e a limitação do Poder Punitivo”, não consiste em uma nova teoria punitiva, mas sim em uma teoria responsável por desacreditar a própria finalidade da pena.

De acordo com Eugenio Raúl Zaffaroni, não se pode transpor o cenário atual mediante uma nova teoria punitiva, mas sim por meio de uma teoria negativa ou agnóstica da pena, devendo-se ensaiar uma construção surgida do fracasso de teorias positivas sobre as funções manifestas. A partir da adoção de uma teoria negativa, seria possível, portanto, delimitar um horizonte ao direito penal sem provocar a legitimação dos componentes do estado de polícia característicos do poder punitivo⁵².

Embora seja possível tecer críticas à teoria supramencionada por parte dos apoiadores da legitimidade penal, alegando se tratar de proposta calcada no idealismo, sendo, pois, utópica, bem como sendo possível negar a necessidade de o discurso-jurídico penal se ater à realidade – mais uma vez retornando à questão do *dever ser* na qual se baseia o direito penal –, trata-se de teoria mais adequada ante as mazelas existentes no sistema penal, sobretudo no que toca ao contexto hodierno da realidade carcerária. Nas palavras do autor:

Numerosos autores e cultores do discurso jurídico-penal, de pensamentos distintos e com níveis muito diferentes de elaboração discursiva, (...) em considerar que, como sua “ciência” encontra-se limitada estritamente pela lei, o discurso jurídico-penal deve reduzir-se à completude lógica da interpretação da lei em nível semântico, procurando, zelosamente, evitar qualquer dado da realidade “incômodo” (não assimilável pelo discurso). Toda vez que a limitação (...) imposta é de impossível realização, já que nunca se pode interpretar um texto legal sem incorporar dados da realidade (a lei inspira sempre a regulamentar uma “realidade”), a incorporação ou exclusão destes dados não legais constitui apenas uma arbitrariedade (...).⁵³

⁵¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 28-29.

⁵² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

⁵³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 80.

É errôneo, portanto, ao tecer críticas à teoria agnóstica, ater-se ao garantismo presente na Constituição Federal de 1988 e negar a seletividade e a violação aos direitos do apenado evidentemente presentes no cárcere, tratando-se, assim, de mera expressão de arbitrariedade.

3 ATUAL SITUAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA

3.1 Seletividade penal

Independente de qual função da pena seja defendida, se da mera retribuição, de prevenção ou, ainda, de reafirmação de valores ético-sociais, é consenso que ao direito penal cabe a proteção dos bens jurídicos legalmente tutelados, por meio, pois, da “afetação de bens jurídicos do autor do delito (de sua liberdade, na prisão ou reclusão; de seu patrimônio, na multa; de seus direitos, nas penas restritivas)”⁵⁴. A pergunta que se faz, todavia, é: a proteção desses bens jurídicos se faz de forma pautada na isonomia? A lei penal é aplicada igualmente a todos?

A seletividade, reforçada pelo direito penal do inimigo impregnado pelo punitivismo, traz à tona a construção de estereótipos de criminosos por parte do próprio meio social em comunhão à fabricação midiática e reafirmada pelos órgãos institucionais do sistema penal. “Esses estereótipos permitem a catalogação dos criminosos que combinam com a imagem que corresponde à descrição fabricada, deixando de fora outros tipos de delinquentes (delinquência de colarinho branco, dourada, de trânsito, etc)”⁵⁵.

Não obstante, portanto, o direito penal detenha autonomia para, por meio da coerção penal, aplicar a lei a qualquer um que a ela se oponha, a seletividade determina a punição majoritária daqueles que se encaixam em estereótipos pré-fixados de marginalidade, os quais, no contexto brasileiro, consistem, sobretudo, naqueles indivíduos de classes economicamente desfavorecidas. Em síntese:

A seletividade estrutural do sistema penal – que só pode exercer seu poder regressivo legal em um número insignificante das hipóteses de intervenção planejadas – é a mais elementar demonstração da falsidade da legalidade processual proclamada pelo discurso jurídico-penal. Os órgãos executivos têm “espaço legal” para exercer poder sobre qualquer habitante, mas operam quando e contra quem decidem⁵⁶.

A forma de atuação seletiva do sistema penal reafirma, pois, uma concepção de criminalização da pobreza, ainda que alguns membros das classes mais pobres acreditem nesse

⁵⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. 11 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 92.

⁵⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 130.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 27.

entendimento em virtude da forte construção midiática em torno dos estereótipos de delinquentes. Para a melhor compreensão desse fato, contudo, faz-se necessária uma análise do contexto social hodierno brasileiro em somatória a uma posterior verificação de dados referentes ao sistema carcerário nacional.

O caput do artigo 6º da Constituição Federal de 1988 traz como direitos sociais mínimos para uma vida digna “a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados”⁵⁷. Todavia, a expressão dos dados atinentes ao desenvolvimento social recolhidos e compilados pelo IBGE coincide com uma realidade distinta da proposta pelo texto constitucional.

A partir de um exame das “condições de vida da população em aspectos relacionados à distribuição de rendimento, pobreza monetária e acesso a bens e serviços, ao longo do período entre 2012 e 2018”⁵⁸, é possível destacar que, no ano de 2018, 57,6% dos rendimentos domiciliares per capita possuíam valor igual ou inferior ao salário mínimo vigente no ano em questão⁵⁹, provando, assim, a permanência de uma desigualdade social significativa no cenário brasileiro. Ademais, a desigualdade em apreço se aprofunda mais quando analisada sob um viés racial, isso porque “enquanto 16,4% da população branca estava entre os 10% com maiores rendimentos, apenas 5,0 % da população preta ou parda encontrava-se nessa mesma classe de rendimentos em 2018”⁶⁰.

A desigualdade social e racial acima demonstrada possui significativos reflexos no cenário carcerário brasileiro. De acordo com dados extraídos do INFOPEN⁶¹, no ano de 2016, 55% da população prisional era composta por jovens (considerados até 29 anos), sendo a maior parte homens. Ademais, nesse mesmo ano, 64% dos presos eram negros, o que demonstra uma sobre-representação desse grupo, tendo em vista que a população brasileira maior de 18 anos era composta por 53% de pessoas negras. No que toca ao grau de escolaridade consonante ao ano de 2016, 14% dos presos eram analfabetos, 15% possuíam o ensino médio incompleto e 51% possuíam ensino fundamental incompleto⁶². Embora não houvesse dados acerca da renda

⁵⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 47ª ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2015.

⁵⁸ IBGE. **Síntese de Indicadores Sociais: Uma Análise das Condições de Vida da População Brasileira**. Rio de Janeiro: IBGE, 2018. Disponível em: < <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101629.pdf>>. Acesso em: 10 de Abril de 2020.

⁵⁹ Ibidem.

⁶⁰ Ibidem.

⁶¹ BRASÍLIA: Ministério da Justiça e Segurança. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN**, 2017. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em: 10 de Abril de 2020.

⁶² BRASÍLIA: Ministério da Justiça e Segurança. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN**, 2017. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em: 10 de Abril de 2020.

per capita dos presos antes da condenação no que toca ao ano de 2016, é possível inferir que, tomando como base o baixo ou inexistente acesso à educação, trata-se majoritariamente de indivíduos pertencentes a classes economicamente desfavorecidas, o que reforça a afirmação do sistema carcerário enquanto reflexo da desigualdade social e racial ainda existente na sociedade brasileira contemporânea.

O lapso temporal do ano de 2016 para o ano de 2019 não provocou profundas mudanças no que toca ao fato de a maioria da população carcerária ser composta por homens. Em consonância com o INFOPEN⁶³ de 2019, o número de presos masculinos corresponde a 95,06% do total de prisões. Todavia, não existem informações suficientes no levantamento acerca de raça, de escolaridade, e da renda per capita dos presos em momento anterior à prisão.

Além da desigualdade racial e social notoriamente visível no sistema carcerário – desconsiderando, pois, como supracitado por Zaffaroni, os crimes de colarinho branco, por exemplo –, o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) consiste em outro expoente da seletividade penal. Pela Lei n. 7.210 (Lei de Execuções Penais), a “prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado”⁶⁴. O contexto de surgimento dos RDDs, contudo, deu-se com o fito de saciar a opinião pública no que toca a uma visão punitivista e retribucionista, visando conter as organizações criminosas violentas presentes no cárcere, expressando, mais uma vez, o ápice da seletividade penal, tendo em vista se tratar de um regime criado com um público direcionado – leia-se direito penal do autor.

Além de violar o objetivo ressocializador do sentenciado vigente na Lei de Execuções Penais, bem como o princípio humanizador da pena presente no texto constitucional e além de representar autêntica vingança social⁶⁵, o RDD exprime, portanto, da forma mais clara a manifestação da seletividade nos órgãos institucionais do sistema penal.

Ante todo o exposto, é possível responder a questão inicialmente proposta: a lei penal, embora tenha autonomia para tanto, não se aplica de forma isonômica a toda a população brasileira. Em momento ulterior, contudo, será possível retomar o tópico da seletividade penal ao promover uma análise no que toca a uma eventual função da pena.

⁶³ BRASÍLIA: Ministério da Justiça e Segurança. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN**, 2019. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZTlkZGJjODQ0NmJlMi00OTJhLWFiMDktNmFkNTM0MwI3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>>. Acesso em: 10 de Abril de 2020.

⁶⁴ BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de Julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. 1894. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 12 de março de 2020.

⁶⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

semelhante, sendo de 19,28% o índice de laboroterapia pela população prisional total⁷². Um dos motivos para a dificuldade de acesso ao trabalho por parte dos encarcerados consiste na lotação das penitenciárias. Ainda em consonância com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, no ano de 2019 havia um déficit total de 312.925 vagas, sendo 442.349 o total de vagas em contraposição a um número de 755.274 pessoas privadas de liberdade⁷³. Nessa diretiva, espaços que seriam destinados ao desenvolvimento das atividades laborais acabam por ser ocupados por presos que não possuem lugar nas celas inicialmente disponibilizadas.

A dificuldade de acesso ao trabalho e à educação antes e durante o cumprimento da pena privativa de liberdade incide diretamente sobre a vida após o cárcere, promovendo elevados índices de reincidência criminal, demonstrando, assim, a falência da função ressocializadora da pena. Considerando a inconfiabilidade dos dados estatísticos sobre a reincidência na América Latina, tendo em vista a ineficiência de se aplicar uma política criminal coesa⁷⁴, segundo estudo promovido pelo IPEA, a reincidência no Brasil consistia, no ano de 2015, em aproximadamente 70%⁷⁵. Sendo assim, nas palavras de Bitencourt,

Apesar da deficiência dos dados estatísticos, é inquestionável que a delinquência não diminui em toda a América Latina e que o sistema penitenciário tradicional não consegue reabilitar o delinqüente; ao contrário, constitui uma realidade violenta e opressiva e serve apenas para reforçar os valores negativos do condenado⁷⁶.

Além dos aspectos acima trabalhados, outro fator contribui para a reincidência criminal: a autorização jurisprudencial para que, em alguns casos, seja exigida pelo empregador a certidão de antecedentes criminais. No ano de 2017, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) por meio de julgamento de incidente de recurso repetitivo firmou situações em que pode ser pedida ao trabalhador a comprovação de certidão negativa de antecedentes criminais. Para a Subseção 1 Especializada em Dissídios Individuais (SDI-1) do Tribunal, “a exigência é considerada legítima em atividades que envolvam, entre outros aspectos, o cuidado com idosos,

⁷² BRASÍLIA: Ministério da Justiça e Segurança. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN**, 2019. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZTlkZGJjODQtNmJlMi00OTJhLWFiMDktNzRlNmFkNTM0MwI3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MwYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>>. Acesso em: 10 de Abril de 2020.

⁷³ BRASÍLIA: Ministério da Justiça e Segurança. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN**, 2019. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZTlkZGJjODQtNmJlMi00OTJhLWFiMDktNzRlNmFkNTM0MwI3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MwYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>>. Acesso em: 10 de Abril de 2020.

⁷⁴ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**. São Paulo: Saraiva, 2011.

⁷⁵ IPEA. **Reincidência Criminal no Brasil**. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150611_relatorio_reincidencia_criminal.pdf>. Acesso em: 15 de setembro de 2019.

⁷⁶ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 168.

crianças e incapazes, o manuseio de armas ou substâncias entorpecentes, o acesso a informações sigilosas e transporte de carga”⁷⁷. A dificuldade de acesso ao trabalho, ante a possibilidade de, em alguns casos, ocorrer a averiguação de antecedentes criminais, contribui para que o indivíduo recorra novamente à criminalidade como meio de subsistência.

A partir do exposto, forçoso concluir que a função ressocializadora da pena, embora disposta no escopo da Lei n. 7.210/1984, não encontra subsídio fático durante a execução penal, haja vista o déficit existente no que toca ao acesso ao trabalho e à educação, bem como não possui aplicação na vida após o cárcere, tomando como base a autorização jurisprudencial para a verificação, em alguns casos, dos antecedentes criminais pelo empregador e os elevados índices de reincidência criminal.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após análise da norma penal, da realidade carcerária, das teorias legitimadoras, então adotadas pelo Brasil, bem como da fase após o cumprimento da sanção penal extrai-se que o atual modelo punitivo do Brasil fracassou. As penitenciárias estão superlotadas, os presos, em sua maioria não conseguem ressocialização e o que menos se consegue é evitar a prática de novas infrações penais, haja vista os gigantescos índices de reincidência. Assim, tem-se que a teoria clássica legitimadora do poder punitivo estatal adotada não cumpre suas funções declaradas, quais sejam, reprovar o agente pela infração penal e prevenir novos delitos.

Entretanto, surge em meio a esse contexto, no seio da doutrina penal e criminológica novas teorias que criticam essa visão clássica à cerca da justificação ou da legitimação da pena. Dentre elas a teoria agnóstica da pena que teve como precursor o professor Eugenio Raúl Zaffaroni. A proposta dessa teoria é a redução drástica do poder punitivo estatal. É a mitigação do poder de punir do Estado no maior nível possível, sendo essa sua função primordial. Não seria uma nova teoria punitiva, mas sim uma teria responsável por desacreditar a própria finalidade da pena.

Ao criar a teoria agnóstica da pena Zaffaroni a faz baseada em três importantes fundamentos, (a) primeiro, a seletividade do direito penal, sob o argumento de que esse incide sua força punitiva com muito mais rigor e na maior parte das vezes sobre, apenas determinada parcela da sociedade, via de regra pobres e marginalizados, assim, outras pessoas que praticam, por exemplo, crime do “colarinho branco” muitas vezes não chegam a receber tal atenção penal; (b) segundo fundamento, base da referida teoria, é que a pena não cumpre suas funções apresentadas e diante da ineficácia das

⁷⁷ **CONSULTOR JURÍDICO**. TST define situações em que empresa pode pedir antecedentes criminais. ISSN 1809-2829. 2017. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2017-abr-28/tst-define-quando-empresa-pedir-antecedentes-criminais>>. Acesso em: 15 de abril de 2020.

funções que a teoria clássica propõe é que Zaffaroni também fundamenta a teoria agnóstica da pena; (c) por fim, o terceiro fundamento que guia essa teoria é de que a pena não é um ato jurídico e sim, político, ou seja, por se tratar de uma reafirmação do poder estatal, uma vez que ela não cumpre suas funções jurídicas violando direitos do apenado e da sociedade, não cumprindo as funções de retribuição e prevenção, portanto, a pena teria natureza estritamente política.

A propositura da referida teoria agnóstica da pena em contraposição às teorias legitimadoras, se vale de um modelo ideal de Estado, o “dever ser”. Aquele que se tem de um lado o estado de direito hipertrofiado, cumprindo suas funções humanistas, garantistas, políticas públicas efetivas e do outro lado o estado de polícia pequeno e irrelevante por não ter que aplicar tanta punição. O Brasil certamente não é o modelo ideal, não temos uma harmonia plena entre estado de direito e estado de polícia, em que pese ser louvável o diálogo acerca do tema pelo simples fato de criticar e denunciar o fracasso do atual modelo punitivo. Tal teoria não poderia ser aplicada no Brasil ou em qualquer outro país subdesenvolvido com altos níveis de criminalidade. Para Zaffaroni é nítido a perda da legitimidade do sistema penal. A dificuldade essencial da matéria penal estaria na intensa preocupação com o “dever ser” exposto no texto normativo em detrimento do “ser”. Além disso, outra crítica ao discurso jurídico-penal, no que toca sua legitimidade, diz respeito ao uso exclusivo da legalidade formal como justificativa para o exercício do poder estatal. Porém, segundo o autor, o fato de o direito penal ser legal não o torna, legítimo. Por enquanto a teoria se faz importante pelo simples fato de propor uma discussão acerca do modelo atual. Entretanto, não pode ser vista como passível de aplicação imediata, precisa ser trabalhada e discutida.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Guido Antônio. **Sobre o Princípio e a Lei Universal do Direito Em Kant**. Belo Horizonte, 2006. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-512X2006000200002>. Acesso em: 02 de março de 2020.

ANDRADE, Durval Ângelo. **APAC: A face humana da prisão**. 5 ed. Belo Horizonte: O Lutador, 2017.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Edição eletrônica eBookLibris, 2001. [E-Book]. Disponível em: < <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb000015.pdf>>. Acesso em: 22 de abril de 2020.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 17 ed.. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 47ª ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2015.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de Novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 12 de março de 2020.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 de março de 2020.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 22 de abril de 2020.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de Julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. 1894. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em: 12 de março de 2020.

BRASÍLIA: Ministério da Justiça e Segurança. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN**, 2017. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em: 10 de Abril de 2020.

BRASÍLIA: Ministério da Justiça e Segurança. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN**, 2019. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZTlkZGJjODQtNmJlMi00OTJhLWFlMDktNzRlNmFkNTM0MWI3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>>. Acesso em: 10 de Abril de 2020.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal : parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CONSULTOR JURÍDICO. OAB-RR denuncia que presos têm partes do corpo deformadas por bactérias. ISSN 1809-2829. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-19/presos-roraima-partes-corpo-deformadas-bacterias>>. Acesso em: 9 de março de 2020.

CONSULTOR JURÍDICO. TST define situações em que empresa pode pedir antecedentes criminais. ISSN 1809-2829. 2017. Disponível em: <. <https://www.conjur.com.br/2017-abr-28/tst-define-quando-empresa-pedir-antecedentes-criminais>>. Acesso em: 15 de abril de 2020.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: histórias da violência nas prisões. Petrópolis: Vozes, 1987. [E-Book]. Disponível em: <https://www.ufsj.edu.br/portal2-repositorio/File/centrocultural/foucault_vigiar_punir.pdf>. Acesso em: 22 de abril de 2020.

GOMES, Erick Oliveira Rocha. **Finalidade da pena, tutela, bem jurídico e confronto com o viés jurídico-filosófico da moral**. Bahia, 2016. Disponível em: < <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/finalidade-da-pena-tutela-bem-juridico-e-confronto-com-o-vies-juridico-filosofico-da-moral/>> Acesso em: 18 de fevereiro de 2020

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral** . 14. ed. Niterói: Impetus, 2012.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 3ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HOBBSAWN, Eric John Ernest. **A era das revoluções: Europa**. 14.ed.. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

IBGE. **Síntese de Indicadores Sociais: Uma Análise das Condições de Vida da População Brasileira**. Rio de Janeiro: IBGE, 2018. Disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101629.pdf>>. Acesso em: 10 de Abril de 2020.

ITO, Marina. **Função do Direito Penal é Limitar o poder punitivo**. Rio de Janeiro: Revista Consultor Jurídico, 2009. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2009-jul-05/entrevista-eugenio-raul-zaffaroni-ministro-argentino>>. Acesso em: 28 de Abril de 2020.

KANT, Immanuel. **Princípios Metafísicos da Doutrina do Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

KLEIN, Joel Thiago. **As Críticas de Hegel à Teoria Moral de Kant: Um debate a partir do § 135 de Linhas Fundamentais da filosofia do direito**. Santa Catarina, 2011 Disponível em: <<https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/dissertatio/article/download/8708/5751>>. Acesso em: 15 de março de 2020.

MACHADO, Maíra Rocha; ASSIS MACHADO, Marta Rodriguez de (Org.). **Carandiru não é coisa do passado: um balanço sobre os processos, as instituições e as narrativas 23 anos após o massacre**. São Paulo : FGV Direito SP, 2015. [E-Book]. Disponível em: <<file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Carandiru-nao-e-coisa-do-passado.pdf>>. Acesso em: 12 de março de 2020.

MEIRA, Sílvio A. B. **A Lei das XII Tábuas: fonte do direito público e privado**. Imprensa: Belém, 1956.

ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>>. Acesso em: 22 de abril de 2020.

PORFÍRIO, Francisco. **"Immanuel Kant"**; Brasil Escola. Brasil. Disponível em: <<https://brasilecola.uol.com.br/filosofia/immanuel-kant.htm>. Acesso em 20 de abril de 2020>

QUEIROZ, Shymene Silva. **A pena no Estado Democrático de Direito: Uma breve análise conceitual, principiológica e teleológica**. Brasil, 2010. Disponível em:<<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-pena-no-estado-democratico-de-direito-uma-breve-analise-conceitual-principiologica-e-teleologica/>>. Acesso em: 02 de abril de 2020.

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Lisboa: Vega, 2004.

SANTOS, Washington dos. **Dicionário jurídico brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. [E-book]. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/DICIONARIO_JURIDICO_BRASILEIRO.pdf>. Acesso em: 27 de março de 2020.

SÃO PAULO. **Painel Diversidades**. Janeiro de 2020. Disponível em: <https://www.saopaulo.sp.gov.br/spnoticias/sap-faz-levantamento-inedito-sobre-populacao-lgbtqi-em-unidades-prisionais/>. Acesso em: 14 de abril de 2020.

SERRA, Victor Siqueira. **“Pessoa afeitada ao crime”**: criminalização de travestis e os discursos do Tribunal de Justiça de São Paulo. São Paulo: IBCCRIM, 2019.

WITKER, Jorge. **Como elaborar uma tesisendereço**: pautas metodológicas y técnicas para elestudante o investigador delderecho. Madrid: Civitas, 1985.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. 11 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.