

ESCOLA DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS  
MESTRADO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

DANIEL PHEULA CESTARI

**A FUNÇÃO CONSTITUCIONAL DA PENA DE PRISÃO:  
do vértice punitivo ao hermenêutico**

Porto Alegre

2018

PÓS-GRADUAÇÃO - *STRICTO SENSU*



Pontifícia Universidade Católica  
do Rio Grande do Sul

DANIEL PHEULA CESTARI

**A FUNÇÃO CONSTITUCIONAL DA PENA DE PRISÃO:  
do vértice punitivo ao hermenêutico**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Ciências Criminais.

Área de Concentração: Sistema Penal e Violência

Linha de pesquisa: Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos

Orientador: Prof. Dr. Fabrício Dreyer de Ávila Pozzebon

Porto Alegre

2018

DANIEL PHEULA CESTARI

**A FUNÇÃO CONSTITUCIONAL DA PENA DE PRISÃO:  
do vértice punitivo ao hermenêutico**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Ciências Criminais.

Área de Concentração: Sistema Penal e Violência

Linha de pesquisa: Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos

Aprovada em: 16 de março de 2018.

Banca Examinadora:

---

Professor Doutor Fabricio Dreyer de Ávila Pozzebon – Orientador

---

Professor Doutor Ney Fayet de Souza Júnior

---

Professor Doutor Bruno Rotta Almeida

Dedicar esta pesquisa à minha família, muito mais que um sentimento de gratidão, se impõe como uma obrigação.

A lógica inicialmente imperceptível de transferir residência para outro Estado, cursar um rigoroso Programa de Pós-Graduação, trabalhar à distância e exercer o papel de pai e marido, tornou-se rapidamente sentida no primeiro ano do Mestrado, especialmente com a chegada de mais um maravilhoso integrante da família em meio a esse turbilhão de mudanças. Dessa reunião de fatores, já se vê que a luta pelos objetivos almejados não é travada sozinha. É nessa perspectiva que dedico este trabalho ao meu sogro Sérgio e à minha sogra Carmen, por nos receberem para uma longa estada em sua casa, com a generosidade, paciência e afeto de sempre. À minha mãe, Terezinha, a quem tudo devo. Aos meus lindos e amados filhos, Leonardo e Lucas, por fazerem o papai se desdobrar para dar conta de tanta arte. À minha linda Daniela, mãe abnegada, esposa maravilhosa. De tudo cuidou e cuida. Obrigado por aceitar e vivenciar esta jornada ao meu lado. Obrigado por tudo. Amo todos vocês.

## AGRADECIMENTOS

Deixo registrado meu especial agradecimento a todos aqueles que emprestaram seu tempo, suporte e conhecimento para auxiliar nesta pesquisa.

Aos colegas do PPGCRIM 2016-1, fica minha lembrança de dias imensamente prazerosos, de troca de experiências e de formação conjunta do pensamento científico.

À Coordenação do Programa, na pessoa da Profa. Ruth Gauer, por ter sido sensível às pautas dos alunos que, assim como eu, saíram de outros Estados para cursar tão significativo Mestrado.

Aos colegas da Defensoria Pública da União em Florianópolis, que reuniram esforços para, desfalcados, continuarem suas lutas diárias sem a presença de um de seus membros.

À Defensoria Geral da União, instituição vocacionada à defesa intransigente dos direitos humanos, da qual faço parte e que acredita na capacitação de seus profissionais. Obrigado à Administração Superior por me conceder a possibilidade de trabalhar à distância, de modo que eu pudesse, concomitantemente, manter meu mister profissional e cursar o PPGCRIM.

À Escola Superior da Defensoria Pública da União, que me proporcionou o suporte financeiro através de seu programa de capacitação, cuja bolsa de estudo, mais que um incentivo, traduz a importância do preparo de seus integrantes para bem servirem àqueles que menos dispõem e de que mais necessitam.

Por fim, sou grato ao Prof. Dr. Fabricio Dreyer de Ávila Pozzebon, cuja orientação revelou-se indispensável desde o princípio. Obrigado por compreender que, por vezes, uma linha de pesquisa confunde-se com o próprio legado científico daqueles que a põem em curso. Agradeço imensamente por aquiescer com a viabilidade do tema, ainda que, em um primeiro olhar, pudesse se aparentar tautológico.

## RESUMO

A dissertação em exame, desenvolvida na área de concentração de Sistema Penal e Violência, com ênfase na linha de pesquisa em Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos, propõe-se a tratar da função constitucional da pena de prisão. O texto constitucional de 1988, abstendo-se em apontar expressamente a(s) função(s) da pena de prisão, teria se subjugado à teoria agnóstica da pena ou, à luz de uma análise hermenêutica, aportaria sua(s) funcionalidade(s) de forma implícita e/ou integradora? Quais as possíveis consequências provenientes desse silêncio do constituinte originário no campo das ciências penais? As presentes indagações revestem-se de significado prático, pois eventual ausência de funcionalidade à pena de prisão permite suscitar problemas de legitimação das funções declaradas no ordenamento jurídico pátrio. Bem por isso, apresenta-se inicialmente uma abordagem histórica da pena de prisão e seus discursos de justificação, cujo enfoque compreenderá a centralidade da pena de prisão como instrumento de controle social e política criminal no Brasil e na América Latina. Dividindo o eixo central da pesquisa em dois vértices, o trabalho compromete-se com o que se denomina ser a natureza jurídica do cumprimento da pena de prisão, projetada desde a análise executiva da individualização da pena. Desta compreensão teórica e prática entre as funções penais preconizadas e as praticadas no ordenamento jurídico, inaugura-se o vértice punitivo, demarcado pelas práticas (des)legitimadoras da pena de prisão. Por outro lado, a investigação é conduzida por uma abordagem hermenêutico-penal constitucional, em cuja perspectiva metodológica se revela o vértice hermenêutico, apto a delimitar a alocação constitucional da pena de prisão, seu âmbito de proteção, seus limites de restrição e, sobretudo, seu núcleo essencial e funcional, tudo por intermédio de uma interpretação histórica e sistemática do texto de 1988, sem prejuízo de corroborar a glosa com uma atenta análise integradora da leis, dos tratados e das convenções internacionais. Uma vez expostos os métodos interpretativos que embasam a pesquisa, parte-se para a conclusão com suporte na supremacia e força normativa do texto constitucional, de modo a estabelecer o debate sobre os efeitos da “constitucionalização” dos fins prioritários da pena, tanto simbolicamente, quanto normativamente, elevando a temática ao campo da reserva de constituição.

**Palavras-chave:** Função constitucional da pena de prisão. Hermenêutica penal constitucional. Individualização da pena. Processo de elaboração do constituinte de 1988. Teorias da pena.

## RESUMEN

La disertación en examen, desarrollada en el área de concentración de Sistema Penal y Violencia, con énfasis en la línea de investigación en Sistemas Jurídico-Penales Contemporáneos, se propone tratar la función constitucional de la pena de prisión, El texto constitucional de 1988, absteniéndose en apuntar expresamente la (s) función (es) de la pena de prisión, se habría subyugado a la teoría agnóstica de la pena o, a la luz de un análisis hermenéutico, aportaría su (s) funcionalidad (es) de forma implícita y / o integradora? ¿Cuáles son las posibles consecuencias provenientes de ese silencio del constituyente originario en el campo de las ciencias penales? Las presentes indagaciones revisten un significado práctico, pues la eventual ausencia de funcionalidad a la pena de prisión permite suscitar problemas de legitimación de las funciones declaradas en el ordenamiento jurídico nacional. Por lo tanto, se presenta inicialmente un enfoque histórico de la pena de prisión y sus discursos de justificación, cuyo enfoque comprenderá la centralidad de la pena de prisión como instrumento de control social y política criminal en Brasil. Dividiendo el eje central de la investigación en dos vértices, el trabajo se compromete con lo que se denomina ser la naturaleza jurídica del cumplimiento de la pena de prisión, proyectada desde el análisis ejecutivo de la individualización de la pena. De esta comprensión teórica y práctica entre las funciones penales preconizadas y las declaradas en el ordenamiento jurídico, se inaugura el vértice punitivo, demarcado por las prácticas (des) legitimadoras de la pena de prisión. Por otro lado, la investigación es conducida por un enfoque hermenéutico-penal constitucional, en cuya perspectiva metodológica se revela el vértice hermenéutico, apto para delimitar la asignación constitucional de la pena de prisión, su ámbito de protección, sus límites de restricción y, sobre todo, su núcleo esencial y funcional, todo por intermedio de una interpretación histórica y sistemática del texto de 1988, sin perjuicio de corroborar la glosa con un atento análisis integrador de las leyes, de los tratados y de las convenciones internacionales. Una vez expuestos los métodos interpretativos que fundamentan la investigación, se parte para la conclusión con soporte en la supremacía y fuerza normativa del texto constitucional, para establecer el debate sobre los efectos de la "constitucionalización" de los fines prioritarios de la pena, tanto simbólicamente, como normativamente, elevando la temática al campo de la reserva de constitución.

**Palabras clave:** Función constitucional de la pena de prisión. Hermenéutica penal constitucional. Individualización de la pena. Proceso de elaboración del constituyente de 1988. Teorías de la pena.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>9</b>
<b>1 O PODER DE PUNIR E A PENA DE PRISÃO – ASPECTO HISTÓRICO.....</b>	<b>13</b>
1.1 A PENA DE PRISÃO NO BRASIL: DO IMPÉRIO À REPÚBLICA.....	14
1.2 DISCURSOS JUSTIFICANTES DA PENA: PARA ALÉM DA ANÁLISE CONCEITUAL DAS TEORIAS DA PENA.....	25
1.3 CONTROLE SOCIAL E MATRIZ PUNITIVA: REALIDADE LATINO-AMERICANA DA PRISÃO COMO INSTRUMENTO CENTRAL DE POLÍTICA CRIMINAL.....	49
1.4 CONCLUSÕES PRELIMINARES.....	65
<b>2 A NATUREZA JURÍDICA DO CUMPRIMENTO DA PENA DE PRISÃO NO BRASIL (VÉRTICE PUNITIVO).....</b>	<b>67</b>
2.1 CONCEITO E PRESSUPOSTOS ANALÍTICOS DA DOGMÁTICA PENAL (TEORIA DO DELITO X TEORIA DA PENA/CULPA X PENA): A PENA DE PRISÃO ANALISADA PELO VIÉS EXECUTIVO DAS TEORIAS DA PENA.....	68
2.2 A TEORIA AGNÓSTICA DA PENA: PROBLEMAS A SEREM SUPERADOS.....	78
2.3 A REINVENÇÃO DA PRISÃO EM DAVID GARLAND.....	87
<b>2.3.1 Revivificação do previdenciarismo penal em David Garland.....</b>	<b>92</b>
<b>2.3.2 Programa propiciador de condições para reintegração social do indivíduo</b>	<b>94</b>
2.4 A TEORIA DIALÉTICA DA PENA DE CLAUD ROBIN.....	99
2.5 MODELO FORMAL – PRECONIZADO.....	105
<b>2.5.1 Plano interno.....</b>	<b>106</b>
<b>2.5.2 Plano externo.....</b>	<b>107</b>
2.6 MODELO INFORMAL – PRATICADO: A SIMBIOSE ENTRE A PENA E A SANÇÃO DISCIPLINAR.....	114
<b>2.6.1 Práticas disciplinares formais (disciplina endógena).....</b>	<b>117</b>
<b>2.6.2 Práticas disciplinares informais (disciplina exógena).....</b>	<b>123</b>
2.7 CONCLUSÕES PRELIMINARES.....	125



<b>3</b>	<b>A TAXONOMIA CONSTITUCIONAL DA PENA DE PRISÃO (VÉRTICE HERMENÊUTICO).....</b>	<b>130</b>
3.1	ALOCAÇÃO CONSTITUCIONAL DA PENA DE PRISÃO.....	137
3.2	ABSENTEÍSMO FUNCIONAL DA PENA E RESERVA DE CONSTITUIÇÃO: HÁ PREVISÃO CONSTITUCIONAL ACERCA DA FUNÇÃO DA PENA DE PRISÃO?.....	139
3.3	A HERMENÊUTICA (PENAL) CONSTITUCIONAL.....	145
<b>3.3.1</b>	<b>Princípio constitucional da individualização da pena.....</b>	<b>148</b>
3.3.1.1	Núcleo essencial da garantia fundamental à individualização da pena.....	153
<b>3.3.2</b>	<b>A hermenêutica (penal) constitucional: análise histórica do processo de elaboração da pena de prisão pelo constituinte de 1988.....</b>	<b>158</b>
3.3.2.1	Processo de elaboração do texto constitucional de 1988: antecedente histórico.	161
3.3.2.2	Anteprojeto Afonso Arinos e a pena de prisão.....	162
3.3.2.3	Dos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte.....	164
<b>3.3.3</b>	<b>A hermenêutica (penal) constitucional: análise sistemática do texto constitucional.....</b>	<b>172</b>
<b>3.3.4</b>	<b>A hermenêutica (penal) constitucional: análise integrativa das leis e dos tratados internacionais, receptividade constitucional e direito comparado.</b>	<b>178</b>
3.3.4.1	Integração e receptividade das leis.....	180
3.3.4.2	Integração e receptividade dos tratados internacionais.....	191
3.3.4.3	Direito comparado.....	204
<b>3.3.5</b>	<b>A hermenêutica (penal) constitucional: supremacia da norma constitucional e força normativa do texto constitucional.....</b>	<b>208</b>
3.4	REFORMA LEGISLATIVA: A (IN)VIABILIDADE DE SEDIMENTAR, NO ÂMBITO CONSTITUCIONAL, A FINALIDADE PRECÍPUA DA PENA DE PRISÃO.....	213
3.5	CONCLUSÕES PRELIMINARES.....	217
	<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>221</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>224</b>

## INTRODUÇÃO

A função constitucional da pena de prisão, abordada neste estudo com ênfase metodológica na hermenêutica penal constitucional, qualifica-se como o tema de investigação da presente dissertação, desenvolvida na área de concentração de Sistema Penal e Violência, com enfoque na linha de pesquisa em Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos.

Há duas questões-problema formuladas que a pesquisa se propõe a enfrentar: o texto constitucional de 1988, abstendo-se em apontar expressamente a(s) função(s) da pena de prisão, teria se subjugado à teoria agnóstica da pena ou, à luz de uma análise hermenêutica, aportaria sua(s) funcionalidade(s) de forma implícita e/ou integradora? Quais as possíveis consequências provenientes desse silêncio do constituinte originário no campo das ciências penais?

As presentes indagações revestem-se de significado prático, pois eventual ausência de funcionalidade à pena de prisão permite suscitar problemas de legitimação das funções declaradas no ordenamento jurídico pátrio.

Nessa linha de perspectivas, para responder aos aludidos questionamentos, tem-se que o presente trabalho alicerça-se em duas frentes investigativas: pretende identificar o modelo de cumprimento da pena preconizado/praticado no Brasil (vértice punitivo) e, de maneira geral, nos países latino-americanos; e, por outro lado, ao sinalizar-se que a pena de prisão encontra seu substrato jurídico no ápice da cadeia normativa, a saber na Carta Constitucional, passa-se a perquirir sua alocação constitucional, seu fundamento de validade e – em última, mas curial instância – sua finalidade (vértice hermenêutico).

Sem embargo do plano investigativo – subdividido em seus vértices punitivo e hermenêutico – entende-se oportuno, preliminarmente, contextualizar a função constitucional da pena de prisão em sintonia com sua historicidade. Vale dizer, far-se-á, no primeiro capítulo, uma abordagem histórica da pena de prisão no Brasil, do Império à República, de modo a ser(em) avaliada(s) sua(s) função(s) ao logo desse período histórico.

Ainda no plano histórico, o estudo será conduzido para além de uma abordagem tautológica das teorias conceituais da pena: resvalar-se-á propositalmente para os seus discursos de justificação, cujo enfoque compreenderá a centralidade da pena de prisão como

instrumento de controle social e política criminal<sup>1</sup> no Brasil e na América Latina. É com esta perspectiva que se expõe a miscelânea de legislações penais, decisões judiciais e práticas prisionais amparadas pela discricionariedade na escolha das funções dadas à pena de prisão.

Partindo para o segundo capítulo, promove-se uma leitura do que se intitula chamar de vértice punitivo: a natureza jurídica do cumprimento da pena de prisão, consubstanciada na análise executiva da individualização da pena.

Nesse contexto, serão adotados dois modelos analíticos: o modelo preconizado (funções declaradas da pena), em cuja dogmática penal encontrar-se-á o esteio normativo que o sustenta; e o modelo praticado (funções latentes da pena), calcado especialmente num regime de práticas neutralizadoras e disciplinares que permeiam a execução penal e o Sistema Penitenciário Brasileiro.

Longe de almejar esgotar os conceitos teóricos que informam as razões legitimadoras de práticas inconstitucionais que se culturalizaram no universo prisional brasileiro, opta-se pelo enfrentamento de temas que dizem imediato respeito com a abordagem proposta.

Importante contextualizar que o vértice punitivo aqui apresentado parte de uma premissa central: a culpa como fundamento da pena. Nesse sentido, tentar-se-á descortinar a influência da teoria do delito no campo da teoria da pena, notadamente quando, na culpabilidade, encontra seu liame indissolúvel e seu sentido ontológico de reprovação do mal causado.

Demais disso, tratar da função constitucional da pena de prisão requer uma construção analítica em cima de referenciais teóricos que indicam caminhos para as hipóteses arguidas. Com essa percepção, serão contextualizadas as nuances e dicotomias da dogmática penal, bem como se trará à lume a teoria agnóstica da pena, a reinvenção prisional de David Garland e a teoria dialética de Claus Roxin.

Essa lógica de apresentação ganha especial relevância na medida em que – declinados os principais défices estruturais nas práticas (des)legitimadoras das funções da pena – será proposto, no terceiro capítulo, um olhar hermenêutico para as possíveis conseqüências da

---

<sup>1</sup> “Impõe, assim, a necessária distinção programática entre política penal e política criminal, entendendo-se a primeira como uma resposta à questão criminal circunscrita ao âmbito do exercício da função punitiva do Estado (lei penal e sua aplicação, execução das penas e das medidas de segurança), e entendendo-se a segunda, em sentido amplo, como política de transformação social e institucional. Uma política criminal alternativa é a que escolhe decididamente esta segunda alternativa, extraindo todas as conseqüências da consciência, cada vez mais clara, dos limites do instrumento penal. Entre todos os instrumentos de política criminal o direito penal é, em última análise, o mais inadequado.” BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999. p. 201.

omissão do constituinte originário em tratar expressamente do tema no corpo do texto constitucional, elevando-o, com efeito, à categoria do que se convencionou chamar de reserva de constituição.

Sem desconhecer que tanto a abordagem penalógica, quanto criminológica são projetadas desde um saber multifocal, especialmente jungidas ao diálogo jus-filosófico, opta-se por diferenciar o enfrentamento do tema com uso do método da hermenêutica penal constitucional, cujo escopo prioritário será analisar a pena de prisão por intermédio da interpretação histórica, sistemática e integrativa do texto de 1988, de sorte a extrair sua finalidade constitucional. É dizer, o vértice hermenêutico propõe um olhar constitucional sobre a pena de prisão, com especial atenção aos métodos clássicos interpretativos.

Com efeito, a hermenêutica penal constitucional será levada a efeito, a uma, por uma abordagem histórica do processo de elaboração do texto de 1988; a duas, por um viés sistemático do texto constitucional; a três, por uma aproximação integradora da norma constitucional com as demais normas que lhe devem respeito.

Sem embargo, importante reforçar que o fato de instrumentalizar a atividade hermenêutica por método clássico não invalida – muito antes pelo contrário, pensa-se que reforça o caráter conclusivo a que se propõe a pesquisa – a coerência lógico-jurídica de colocá-lo em sintonia com os movimentos teóricos contemporâneos, cujo giro linguístico e hermenêutico contribuem de forma indispensável para a concretização de um novo estágio (inacabado) de respeito aos valores constitucionais.

Desse campo de coordenadas mentais dessume-se o seguinte dever ético-jurídico: a abordagem metodológica sugerida visa encontrar a função constitucional da pena de prisão projetada pelo constituinte de 1988, cujo convencimento se dará com uso de todos os instrumentos enunciados nesse vértice hermenêutico.

Nesse diapasão, deita-se raízes no processo histórico de elaboração do texto constitucional de 1988, marcadamente no pré-projeto Afonso Arinos, nas comissões temáticas, nas audiências públicas, na comissão de sistematização e redação, além da votação final em plenário. Entende-se que esse percurso histórico traz importante colaboração para o deslinde da funcionalidade da pena de prisão no texto de 1988, sem prejuízo de corroborar a glosa com uma atenta análise sistêmica do texto constitucional.

Desta diretriz interpretativa, pretende-se identificar a alocação constitucional da pena de prisão, seu fundamento de validade, seu âmbito de proteção e seus limites de restrição, de

modo a perquirir seu núcleo essencial e intransponível. Providenciadas tais balizas metodológicas, permite-se sustentar um conteúdo essencial ao campo de proteção da individualização da pena.

Lado outro, propor-se-á analisar o possível absentismo da função da pena pelo método de integração das normas, tanto no plano interno – de receptividade das leis –, quanto no plano externo, de integração dos tratados e convenções internacionais, oportunidade em que serão colocados em debate alguns institutos próprios da hermenêutica constitucional, tais quais as lacunas constitucionais, o silêncio eloquente e a reserva de constituição.

Sem deixar de reconhecer que a Lei de Execuções Penais (recepcionada) e as Convenções Internacionais (integradas) revestem-se de existência e validade, questiona-se, por outro lado, se seriam dotadas de eficácia, justo porque a função da pena – não emanada de expressa previsão constitucional – careceria de força normativa.

Uma vez expostos os métodos interpretativos que embasam a pesquisa, partir-se-á para a conclusão com suporte na supremacia e força normativa do texto constitucional, de modo a estabelecer o debate sobre os efeitos da “constitucionalização” dos fins prioritários da pena, tanto simbolicamente, quanto normativamente. Destarte, a força normativa da Constituição e a supremacia da norma constitucional qualificar-se-iam como vetores vinculantes aos poderes constituídos.

## 1 O PODER DE PUNIR E A PENA DE PRISÃO – ASPECTO HISTÓRICO

A instituição carcerária está intimamente presente no imaginário popular, aparentando, em alguns momentos, que sempre foi e sempre será a forma de punição central da sociedade. No entanto, a prisão, nas palavras de Danilo Cymrot, “[...] assim como todo o direito penal, deve ser compreendida inserida em um contexto histórico-espacial”<sup>2</sup>. Vale dizer, antes dela outros métodos de punição foram utilizados<sup>3</sup>.

Desde a Antiguidade o cárcere existe como um método de reter os indivíduos. Essa finalidade, entretanto, qualificava-se apenas como um meio de assegurar que o preso ficasse à disposição da justiça para receber o castigo prescrito, o qual poderia ser de morte, a deportação, a tortura, a venda como escravo ou a pena de galés, entre outras<sup>4</sup>. Nos dizeres de Georg Rusche e Otto Kirchheimer,

[...] é muito significativo que as prisões, usadas preliminarmente para a detenção de prisioneiros que esperavam julgamento, e, portanto, não eram suscetíveis de exploração comercial, permanecessem em péssimas condições até a entrada do século XIX.<sup>5</sup>

A partir do século XVII, significativas mudanças ocorreram no sistema penal, e a prisão revelou-se elemento central dessas mudanças. O ato de punir, então prerrogativa do monarca, passou a ser um direito da sociedade frente aos indivíduos que atentassem contra a propriedade e vida alheia. Com efeito, a punição racionalizava-se na figura da pena privativa de liberdade. Os internatos, conventos, hospitais, quartéis e fábricas – revestindo-se da condição de instituições totais, isto é, tinham por desiderato administrar a vida de seus membros, ainda que sem suas aquiescências, produzindo a racionalização de comportamentos – qualificar-se-iam como os embriões das prisões<sup>6</sup>.

Com o crescimento populacional na Europa, o cercamento dos campos, as grandes propriedades e, principalmente, a introdução de máquinas a vapor e teares mecânicos, a lei da

<sup>2</sup> CYMROT, Danilo. As origens da pena privativa de liberdade e o seu significado na estrutura social brasileira. In: SÁ, Alvinho Augusto de; TANGERINO, Davi de Paiva Costa; SHECAIRA, Sergio Salomão (Coord.). **Criminologia no Brasil: história e aplicações clínicas e sociológicas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 40-53. p. 40.

<sup>3</sup> Ibid., p. 40.

<sup>4</sup> MAIA, Clarisse Nunes et al. **História das prisões no Brasil**. Rio de Janeiro: Rocco, 2009. v. 1. p. 7. .

<sup>5</sup> RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 104.

<sup>6</sup> MAIA, op. cit., p. 7-8.

oferta e da procura passou a trabalhar em favor dos empregadores e o trabalho das casas de correção tornou-se obsoleto<sup>7</sup>. George Rusche e Otto Kirchheimer sustentam que “[...] com as novas condições econômicas, a competição no mercado aberto entre os produtos do trabalho na prisão e os do trabalho livre tornou-se um problema sério”<sup>8</sup>.

Diante desse cenário, em que não se auferia mais lucro com o trabalho prisional, os apenados passaram a ser frequentemente deixados no ócio, o que “[...] fazia aflorar toda a irresolvida questão do objetivo da pena, que assumia crescentemente um caráter repressivo e intimidatório”<sup>9</sup>.

Nesse contexto histórico, já na Idade Moderna, por volta do século XVIII, é que nasce a prisão, ou melhor, a pena de encarceramento é criada. Não por acaso, nesse período se desenvolve a sociedade industrial e o poder que a produz também cria, por meio do sistema judiciário, esse método de controle social através da punição<sup>10</sup>.

## 1.1 A PENA DE PRISÃO NO BRASIL: DO IMPÉRIO À REPÚBLICA

Assim como instituída na Europa dos séculos XVI e XVII, a função da prisão, também no Brasil, não nascera como mecanismo punitivo. A privação de liberdade revestia-se de atividade meio, marcadamente para presos provisórios e condenados aguardando por suas respectivas sanções penais. Em outras palavras, a prisão no Brasil inicialmente não era uma pena em si mesma.

O Brasil colonial conviveu um longo período sob a égide das Ordenações Filipinas, publicadas em nome de D. Afonso V, em 1446, revelando-se o principal diploma punitivo quando de seu descobrimento. Entretanto, dada a tardia colonização das terras brasileiras, tais normativas tiveram pouca vigência.

Em 1521, entraram em vigência as Ordenações Manoelinas, publicadas em nome de D. Manoel. Nesse momento histórico – a prisão, na figura que se conhece hoje, de sanção

<sup>7</sup> CYMROT, Danilo. As origens da pena privativa de liberdade e o seu significado na estrutura social brasileira. In: SÁ, Alvinio Augusto de; TANGERINO, Davi de Paiva Costa; SHECAIRA, Sergio Salomão (Coord.). **Criminologia no Brasil**: história e aplicações clínicas e sociológicas. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 40-53. p. 41.

<sup>8</sup> RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 157.

<sup>9</sup> Ibid., p. 158.

<sup>10</sup> CYMROT, op. cit., p. 44.

penal, era rara – servindo, no mais das vezes, como expediente necessário à execução da pena capital<sup>11</sup>.

De 1603 até o advento do Código Criminal de 1830, por fim, estiveram em vigor as Ordenações Filipinas, publicadas em nome de D. Filipe II. Nesse período, a pena, por excelência, era a de morte, bem como se praticava todo tipo de pena vil, tal qual o açoite, corte de membro, galés e outras, de maneira que a prisão continuava a existir não como fim penalizador, mas como meio necessário à execução das penas corporais e capitais<sup>12</sup>.

Conforme assinala Carlos Aguirre:

Durante o período colonial, as prisões e cárceres não constituíam espaços, instituições que seus visitantes e hóspedes pudessem elogiar pela organização, segurança, higiene ou efeitos positivos sobre os presos. De fato, as cadeias não eram instituições demasiadamente importantes dentro dos esquemas punitivos implementados pelas autoridades coloniais. Na maioria dos casos, tratava-se de meros lugares de detenção para suspeitos que estavam sendo julgados ou para delinquentes já condenados que aguardavam a execução da sentença. Os mecanismos coloniais de castigo e controle social não incluíam as prisões como um de seus principais elementos.<sup>13</sup>

A primeira prisão brasileira adveio da Carta Régia do Brasil, de 1769, a qual determinava a construção no Rio de Janeiro da Casa de Detenção. Nela, não havia separação de presos por tipo de crimes, de modo que ficavam juntos indiscriminadamente primários e reincidentes, presos condenados por crimes grave e leves.

Com o advento da Constituição do Império, em 1824, além da correção de tais distorções, fruto dos ideais iluministas e dos novos valores humanitários<sup>14</sup>, as cadeias foram adaptadas para que os presos pudessem trabalhar<sup>15</sup>.

---

<sup>11</sup> SHECAIRA, Sergio Salomão. Exclusão moderna e prisão antiga. In: SÁ, Alvino Augusto de; TANGERINO, Davi de Paiva Costa; SHECAIRA, Sergio Salomão (Coord.). **Criminologia no Brasil: história e aplicações clínicas e sociológicas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 15-27. p.16.

<sup>12</sup> Ibid., p. 16

<sup>13</sup> AGUIRRE, Carlos. Cárcere e sociedade na América Latina, 1800-1940. In: MAIA, Clarisse Nunes (Org.). **História das prisões no Brasil**. Rio de Janeiro: Rocco Digital, 2009. v. 1. p. 16-60. p. 26.

<sup>14</sup> Importante registrar que a efervescência cultural e os ideais liberais oitocentistas não comprometeram a continuidade das práticas penais cruéis e degradantes. A retórica liberal, Republicana e de respeito ao Estado de Direito professadas pelas lideranças dos Estados independentes era desenganadamente neutralizada por discursos e práticas que asseveravam a necessidade do controle social das massas indisciplinadas e imorais, por meio de mecanismos severos de punição. Com efeito, práticas extrajudiciais de castigo, assim como métodos punitivos tradicionalmente aceitos pela lei, tais como trabalhos públicos, execuções, açoites e desteros, continuaram sendo utilizados por várias décadas depois do fim do período colonial. A este respeito, ver AGUIRRE, Carlos. Violência, castigo y control social: esclavos y panaderías en Lima, siglo XIX. **Passado y presente**, Lima, n. 1, p. 27-37, 1998; SALVATORE, Ricardo D. Death and liberalism. Capital



A Constituição de 1824 banuiu, em seu art. 179, XIX, a pena de açoite, a tortura, a marca de ferro quente e todas as penas cruéis, estabelecendo que a pena não passaria da pessoa do condenado. Demais disso, o texto constitucional – inaugurando formalmente a pena de prisão – determinara que as “Cadêas serão seguras, limpas, o bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos Réos, conforme suas circunstancias, e natureza dos seus crimes”<sup>16</sup>.

Reverberando um extenso rol de direitos individuais expressamente no texto constitucional, chama atenção que a Carta Imperial de 1824<sup>17</sup> – a despeito de remeter ao futuro Código Criminal seu esteio principiológico – não olvidou de externar que seu valor fundante dar-se-ia “nas sólidas bases da justiça e equidade”<sup>18</sup>.

Daniel Sarmiento e Claudio Pereira de Souza Neto admoestam, entretanto, que:

Paradoxalmente, apesar da sociedade e a economia brasileiras se assentarem sobre a escravidão negra, afirmou-se também no texto constitucional o princípio da igualdade. Infelizmente, a efetividade daqueles direitos foi mínima. Não é exagero dizer que o arcabouço jurídico liberal importado da Europa não passou de fachada. Nesse tópico, a Constituição foi pouco mais que um pedaço de papel, no sentido de Ferdinand Lassale.<sup>19</sup>

Nesse contexto anacrônico nasce o Código Imperial de 1830, o qual, para além de reduzir drasticamente as hipóteses de pena de morte (insurreição de escravos, homicídios com

---

Punishment after the fall of rosas. In: SALVATORE, Ricardo D.; AGUIRRE, Carlos; JOSEPH, Gilbert (Org.). **Crime and Punishment in Latin America**. Durham: Duke University Press, 2001. p. 308-341.

<sup>15</sup> CYMROT, Danilo. As origens da pena privativa de liberdade e o seu significado na estrutura social brasileira. In: SÁ, Alvinio Augusto de; TANGERINO, Davi de Paiva Costa; SHECAIRA, Sergio Salomão (Coord.). **Criminologia no Brasil: história e aplicações clínicas e sociológicas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 40-53. p. 40.

<sup>16</sup> Depreende-se tal afirmação da combinação do art.179, inc, XXI do texto imperial – em que qualifica as cadeias públicas como o lugar de custódia, provisória ou definitiva dos detidos – com o inc IX, no que, ao tratar da liberdade provisória com fiança, traz a baila expressamente a pena de prisão. *In verbis*: “Ainda com culpa formada, ninguém será conduzido á prisão, ou nella conservado estando já preso, se prestar fiança idonea, nos casos, que a Lei a admite: e em geral nos crimes, que não tiverem maior pena, do que a de seis mezes de prisão, ou desterro para fóra da Comarca, poderá o Réo livrar-se solto.” BRASIL. **Constituição Política do Imperio do Brazil** (de 25 de março de1824). Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm)>. Acesso em: 24 abr. 2017.

<sup>17</sup> Não se fará distinção teórica e terminológica de carta e texto constitucional, de modo que sua utilização se fará com sentido similar.

<sup>18</sup> Vejam, a primeira Constituição concebida em terras brasileiras – a despeito de delegar à legislação infraconstitucional o dever de conduzir o processo punitivo e a individualização da pena – não se olvidou de vergastar seu valor fundante no campo da Política Criminal (justiça e equidade).

<sup>19</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. 3. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 105.

agravantes e latrocínio), “[...] previa que a função do modelo penitenciário era a regeneração do indivíduo pelo silêncio, solidão, reeducação moral, trabalho e treinamento profissional”<sup>20</sup>.

Com efeito, o novel Código Criminal de 1830, ao tempo em que encantou a cultura jurídico-política de sua época, construiu-se em cima dos valores da Constituição de 1824<sup>21</sup>.

Porém, de fato, as penas anteriores ao Código Criminal de 1830 permaneciam em uso, conspurcando os princípios humanitários inaugurados pela Constituição Imperial. Nas palavras de Sérgio Salomão Shecaria,

[...] eram comuns penas de trabalhos cumpridas em navios, naus ou galés. Muitas punições eram cumpridas em navios de guerra: as chamadas presigangas. A nau Príncipe Real, inutilizada para o serviço de combate, foi usada entre 1808 e 1831 para a prisão de condenados.<sup>22</sup>

Paloma Fonseca bem descreve a funcionalidade da presiganga:

A presiganga não era, em si mesma, uma pena ou um castigo, mas um local de passagem para centenas de pessoas deslocadas, um local temporário, para estadas curtas: os presos não eram “condenados à presiganga”, mas nela depositados por condenação ou imposição de trabalho forçado, por recrutamento forçado ou para receber castigo corporal. Portanto, esta prisão, em definitivo, não era como a prisão moderna, ou seja, um local de reclusão de indivíduos condenados à pena privativa de liberdade.<sup>23</sup>

Para Carlos Aguirre:

A retórica liberal, republicana e de respeito ao Estado de direito que os líderes destes novos Estados independentes professavam era quase sempre neutralizada por discursos e práticas que enfatizavam a necessidade de controlar as massas indisciplinadas e imorais por meio de mecanismos severos de punição. Formas extrajudiciais de castigo, assim como práticas punitivas tradicionalmente aceitas

<sup>20</sup> CYMROT, Danilo. As origens da pena privativa de liberdade e o seu significado na estrutura social brasileira. In: SÁ, Alvinho Augusto de; TANGERINO, Davi de Paiva Costa; SHECAIRA, Sergio Salomão (Coord.). **Criminologia no Brasil: história e aplicações clínicas e sociológicas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 40-53. p. 44.

<sup>21</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 207.

<sup>22</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. A exclusão moderna e a prisão antiga. In: SÁ; TANGERINO; SHECAIRA, op. cit., p. 15-27. p. 16.

<sup>23</sup> FONSECA, Paloma Siqueira. A presiganga real (1808-1831): trabalho forçado e punição corporal na marinha. In: MAIA, Clarisse Nunes (Org.). **História das prisões no Brasil**. Rio de Janeiro: Rocco Digital, 2009. v. 1. p. 85-105. p. 86.

pela lei, tais como trabalhos públicos, execuções, açoites e desteros, continuaram sendo utilizadas por várias décadas depois do fim do período colonial.<sup>24</sup>

Outra não é a posição de Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli quando sustentam que o Código Imperial

[...] apresenta um texto retributivo, ou seja, marcado pelo pensamento contratualista de seu tempo, ainda que representasse ideias de Bentham. Seu sistema de penas fixas tabuladas, quase que matematicamente, constituiu herança do pensamento francês da Revolução.<sup>25</sup>

Em verdade, ainda nos primeiros anos do Império a aplicação da pena privativa de liberdade, através da prisão, não se assentou nas premissas ressocializantes<sup>26</sup>. Os presídios, anota Sérgio Salomão Shecaira,

[...] constituíam um ponto intermediário entre a pena de degredo, desterro ou mesmo outras mais graves, e a sua execução. O presídio, como instituição, situava-se entre uma ampla rede judicial metropolitana e uma extensa administração colonial, cabendo-lhe o papel de encaminhar pessoas consideradas criminosas para seus destinos. Era pois, não mais que um lugar de passagem, um local temporário para as pessoas que cumpririam outras penas em rincões mais longínquos.<sup>27</sup>

Nesse sentido, no Rio de Janeiro da primeira metade do século XVIII, várias prisões eram utilizadas, e, em sua maioria, sediadas em antigas instalações militares, claramente adaptadas à função carcerária. Essa era a situação das duas prisões mais importantes do período: o aljube e o calabouço<sup>28</sup>.

<sup>24</sup> AGUIRRE, Carlos. Cárcere e sociedade na América Latina, 1800-1940. In: MAIA, Clarisse Nunes (Org.). **História das prisões no Brasil**. Rio de Janeiro: Rocco Digital, 2009. v. 1. p. 16-60. p. 30.

<sup>25</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 209.

<sup>26</sup> SALLA, Fernando. **As prisões em São Paulo**: 1822-1940. 2. ed. São Paulo: Anablumme; Fapesb, 2006.

<sup>27</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. A exclusão moderna e a prisão antiga. In: SÁ, Augusto Alvino de; TANGERINO, Davi de Paiva Costa; SHECAIRA, Sérgio Salomão (Coord.). **Criminologia no Brasil**: história e aplicações clínicas e sociológicas. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 15-27. p. 16.

<sup>28</sup> HOLLOWAY, Thomas. O calabouço e o aljube do Rio de Janeiro do século XIX. In: MAIA, op. cit., p. 202-224. p. 203.

Com a chegada da Corte portuguesa ao Brasil, em 1808, efetuou-se um deslocamento dos presos comuns – custodiados na chamada cadeia de relação, que ficava no Palácio da Justiça – para o aljube, então cárcere de uso eclesiástico construído pela Igreja em 1732<sup>29</sup>.

Covil de suplícios e de miséria o aljube situava-se no encosto do morro da Conceição, sendo subterrânea de um lado e, por outro, fazia frente à rua. Considerando sua defeituosa forma arquitetônica, pouco se podia esperar para efetivar a reforma e a disciplina dos custodiados, notadamente pelo seu ambiente insalubre e fétido, especialmente no lado da montanha<sup>30</sup>.

Com efeito, o aljube, explica Thomas Holloway<sup>31</sup>, era o destino da maioria dos presos, escravos e livres, vez que aguardavam julgamento ou eram condenados por pequenas infrações ou crimes comuns, colocando o garoto acusado de furtar uma fruta no mercado na mesma cela onde se encontrava o bandido mais violento e degradado.

Por sua vez, o calabouço consistia em uma prisão para depositar escravos detidos por punição disciplinar e/ou fugitivos. Localizava-se, desde o período colonial, numa instalação militar ao pé do morro do Castelo, em frente à baía de Guanabara, entre o arsenal do exército e o Hospital da Santa Casa da Misericórdia<sup>32</sup>. Sua função era aprisionar os escravos para receberem açoites corretivos. Um serviço realizado pela própria administração Estatal, que cobrava uma taxa dos proprietários dos escravos para tal desiderato<sup>33</sup>.

Apesar das transgressões ao novo modelo que censurava as penas cruéis, as novas ideias vindas da Europa e dos Estados Unidos começaram a fazer eco na América Latina, especialmente em torno do sistema penitenciário adotado.

O novo padrão prisional baseava-se em um desenho arquitetônico inspirado no panóptico idealizado por Jeremy Bentham, cuja rotina intensa de trabalho, disciplina e vigilância dos presos era sua marca<sup>34</sup>.

Cativados por esse novo modelo penitenciário supostamente humanitário, um grupo pequeno de lideranças latino-americanas – ansiosas por copiar padrões sociais das metrópoles

<sup>29</sup> HOLLOWAY, Thomas. O calabouço e o aljube do Rio de Janeiro do século XIX. In: MAIA, Clárisse Nunes (Org.). **História das prisões no Brasil**. Rio de Janeiro: Rocco Digital, 2009. v. 1. p. 202-224. p. 216.

<sup>30</sup> Trata-se de referência de Manoel da Cruz Jobim, membro da comissão que iria fundar a casa de correção. Ver em MOTA, Manoel Barros da. **Crítica da razão punitiva: nascimento da prisão no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011. p. 91.

<sup>31</sup> HOLLOWAY, op. cit., p. 216.

<sup>32</sup> Ibid., p. 203.

<sup>33</sup> Ibid., p. 204.

<sup>34</sup> AGUIRRE, Carlos. Cárcere e sociedade na América Latina, 1800-1940. In: MAIA, Clárisse Nunes (Org.). **História das prisões no Brasil**. Rio de Janeiro: Rocco Digital, 2009. v. 1. p. 16-60. p. 30.

modernas – tratou de colocar em prática as reformas penais em busca de um novo modelo de controle social<sup>35</sup>.

Sucedeu que, nesse ambiente de mudanças e transposições culturais, instituiu-se a primeira penitenciária na América Latina: a Casa de Correção do Rio de Janeiro, tendo sido iniciada sua construção em 1834 e concluída em 1850.

Seguindo o modelo institucional carcerário adotado na Europa<sup>36</sup>, a Casa de Correção deveria seguir o panóptico de Bentham e inaugurava uma nova ordem carcerária: o cárcero-centrismo, justo porque a prisão consagrava-se no novo Código Imperial como a pena principal da Corte<sup>37</sup>.

Nada obstante as pretensões utilitaristas apregoadas ao novo modelo penal, constatou-se que, em uma sociedade fundada no latifúndio escravista, bem como subordinada ao capital internacional, o pacto político revelava-se fragilizado, justo porque os padrões culturais de cunho patrimonialista eram incompatíveis com as aberturas políticas provenientes das instituições europeias<sup>38</sup>. É possível dizer mais: no panóptico original, a disciplina se impregnava nos corpos produtivos por meio do adestramento e da repetição, e a norma social se inscrevia na consciência de um indivíduo médio abstrato. Por sua vez, na sociedade escravista, a generalidade da lei do soberano não atingia a todos os indivíduos do território. O indivíduo abstrato não existe, pois os indivíduos se diferenciam conforme a sua condição social; o poder é exercido mediante a violência privada; a produção de dependência pessoal dá-se em esquemas de dominação pessoal em um contínuo de violência-benevolência. Sendo assim, a regra é a vontade momentânea do senhor e o objetivo da punição é a reafirmação da ordem social hierarquizada<sup>39</sup>.

Diante desse cenário de inegável colidência cultural, a transformação funcional da pena no contexto político-social – impregnada pela carga retributiva e de reafirmação dos valores dominantes – estava fadada ao fracasso.

---

<sup>35</sup> AGUIRRE, Carlos. Cárcere e sociedade na América Latina, 1800-1940. In: MAIA, Clarisse Nunes (Org.). **História das prisões no Brasil**. Rio de Janeiro: Rocco Digital, 2009. v. 1. p. 16-60. p. 30.

<sup>36</sup> Conforme apurado por Manoel Matos da Mota, a casa de correção se espelhava, em grande medida, na planta do edifício da prisão de Gênova e idealizado pelo Coronel Manoel de Oliveira. MOTA, Manoel Barros da. **Crítica da razão punitiva: nascimento da prisão no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011. p. 105.

<sup>37</sup> Ibid., p. 104.

<sup>38</sup> CYMROT, Danilo. As origens da pena privativa de liberdade e o seu significado na estrutura social brasileira. In: SÁ, Alvinho Augusto de; TANGERINO, Davi de Paiva Costa; SHECAIRA, Sergio Salomão (Coord.). **Criminologia no Brasil: história e aplicações clínicas e sociológicas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 40-53. p. 43.

<sup>39</sup> Ibid., p. 44.

Esse é o contexto anotado por Danilo Cymrot:

É compreensível, portanto, o motivo pelo qual no Brasil o panóptico foi um sonho impossível e contraditório. O código penal de 1830, imitando os europeus, previa que a função do modelo penitenciário era a regeneração do indivíduo pelo silêncio, solidão, reeducação moral, trabalho e treinamento profissional. No entanto, a construção de penitenciárias panópticas esbarrava em problemas orçamentários, de modo que as prisões brasileiras encontravam-se em péssimas condições de higiene e segurança, sofrendo com a superlotação, doenças e mortes.<sup>40</sup>

Perpetuava-se, desde então, a forma prisional como o modelo central punitivo não apenas no Brasil e na América-Latina, como em todos os países ocidentais. E que forma é essa?

Imediatamente após a inauguração da Casa de Correção da Corte, instalou-se a polêmica entre os modelos penitenciários a serem adotados: inicialmente, registra Manoel Barros<sup>41</sup>, optou-se pelo modelo de Auburn.

Sem embargo, após o governo inaugurar o primeiro raio da penitenciária modelado no sistema auburniano, resolveu-se pela construção de um segundo raio, com o objetivo de ensaiar a inserção do modelo da Filadélfia, com enfoque na prisão celular absoluta<sup>42</sup>.

Sucedem que, mesmo antes de ser terminada a obra do segundo raio, outro governo alterou sua finalidade, de modo que para lá fora deslocada a Casa de Detenção, devido à precariedade do velho aljube<sup>43</sup>.

Além disso, constatando a fragilidade dos propósitos político-criminais, Manoel Barros lembra que “[...] foram construídos, dentro dos muros da penitenciária, mais dois raios para oficinas e capela, barracões para oficinas de ferreiros e canteiros e um calabouço para os galés”<sup>44</sup>.

Esse sucessivo processo de interrupções e indefinições nos modelos penitenciários que compunham o sistema de execução penal no Brasil do século XIX bem retrata que, desde

<sup>40</sup> CYMROT, Danilo. As origens da pena privativa de liberdade e o seu significado na estrutura social brasileira. In: SÁ, Alvinho Augusto de; TANGERINO, Davi de Paiva Costa; SHECAIRA, Sergio Salomão (Coord.). **Criminologia no Brasil: história e aplicações clínicas e sociológicas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 40-53. p. 44.

<sup>41</sup> MOTA, Manoel Barros da. **Crítica da razão punitiva: nascimento da prisão no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011. p. 110.

<sup>42</sup> Ibid., p. 111.

<sup>43</sup> Ibid., p. 111.

<sup>44</sup> Ibid., p. 111.

sempre, as opções de políticas criminais – muito antes de serem arrostadas por sua ineficácia – mal chegaram a sair do papel.

Nessa linha de perspectivas, depois da década de 1870, entrara em discussão também a validade do sistema de Walter Crofton.

Trata-se de um modelo tripartido e progressivo criado pelo irlandês Walter Crofton, que alterou o sistema de cumprimento da pena de prisão em seu país, de modo a modular a execução da pena em um plano penal, correcional e, por último, de transição<sup>45</sup>.

Em relatório do Ministério da Justiça de 1874, Manoel Antônio Duarte de Azevedo assinala que a experiência tem mostrado outros mecanismos de disciplina que melhor se conformam com o objetivo do sistema penitenciário, consistente precisamente em conjugar de forma equilibrada e harmônica meios que intimidem, que reformem e regenerem o condenado<sup>46</sup>.

Com efeito, desde a Casa de Correção se observa o estratagema de botar em prática um modelo misto de funcionalidade prisional, nomeadamente de prevenção geral negativa pela intimidação e de prevenção especial positiva, pela via da reforma e regeneração do indivíduo.

Com a República, proclamada em 15.11.1889, vem também uma nova codificação penal. Trata-se do primeiro Código Penal republicano, publicado em 1890, e que, mesmo com substancial reforma de seu texto oficial em 1932<sup>47</sup>, acréscimo de muitas leis extravagantes, manteve-se em vigência até 31.12.1941, quando, então, entrou em vigor o atual Código Penal de 1940, sancionado em 07.12.1940 e vigente a partir de 01.01.1942<sup>48</sup>.

Nele, apesar de acentuada crítica, revelou-se uma política criminal liberal e clássica, no que simplificava o sistema de penas do Código anterior, avançando sensivelmente sobre o texto do Código imperial, influenciado inegavelmente pela codificação italiana de Zanardelle, de 1889 e do texto holandês de 1881.

---

<sup>45</sup> Para uma melhor análise, ver em Manoel Barros da Mota. MOTA, Manoel Barros da. **Crítica da razão punitiva**: nascimento da prisão no Brasil. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011. p. 124-126.

<sup>46</sup> Relatório da Comissão Inspectora da Casa de Correção da Corte, de 15 de fevereiro de 1874. AZEVEDO, Manoel Antônio Duarte de. **Relatório do Ministério da Justiça**, de 7 de maio de 1874. Anexo. Rio de Janeiro: Tipografia Americana, 1874. p. 227.

<sup>47</sup> Trata-se do Dec. 22213 de 14.12.1932, cuja redação é, em verdade, uma consolidação da lei penais promovida pelo Desembargador Vicente Piragibe. ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 210.

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 210-211.

A par disso, em 1891, a primeira Constituição Republicana, no art. 72, § 20, estabelece que fica abolida a pena de galés e a de banimento judicial. No § 21, fica igualmente abolida a pena de morte, reservadas as disposições da legislação militar em tempo de guerra<sup>49</sup>.

Com efeito, a Constituição de 1891, de forte influência norte-americana e de viés liberal, marcou pela sua pouquíssima efetividade, porquanto, na prática, havia uma enorme distância entre o compromisso com o Estado de Direito – baseado num constitucionalismo liberal e democrático –, e a verdadeira vida constitucional da República Velha, “[...] marcada pelo coronelismo, pela fraude eleitoral e pelo arbítrio dos governantes”<sup>50</sup>.

Até entrar em vigor no século XX o vigente Código Penal de 1940, várias correntes ideológicas postaram-se como projetos de mudança do Código Penal Republicano de 1890. Nesse sentido, cita-se o projeto Galdino Siqueira, de 1913; os projetos de Sá Pereira, de 1927, 1928 e 1935; e, por fim, o projeto Alcântara Machado, entregue ao governo em abril de 1940<sup>51</sup>.

Em 1934, fora promulgada nova Constituição, marcada pelo seu cunho social e inspirada na Constituição de Weimar. No campo dos direitos fundamentais, mantiveram-se as tradicionais liberdades civis, sem grandes mudanças na condução da política penal brasileira.

A Constituição de 1937, outorgada que foi pela ditadura vigente do Estado Novo, estabelecia um catálogo de direitos em seu art. 122. Entretanto, seu texto constitucional, nas palavras de Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto,

[...] deixava muito a desejar nessa matéria, incorporando limitações de má inspiração, como a admissibilidade de pena de morte em diversas situações que tangenciavam o crime político (art. 13), e a previsão de censura prévia da imprensa e outros meios de comunicação (art. 15, alínea “a”).<sup>52</sup>

Já em 1946, fora promulgada nova Constituição.

<sup>49</sup> BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (de 24 de fevereiro de 1891). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm)>. Acesso em: 19 ago. 2017.

<sup>50</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. 3. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 113.

<sup>51</sup> Para uma abordagem mais acurada das vertentes ideológicas dos referidos projetos, ver: ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 211-213.

<sup>52</sup> SOUZA NETO; SARMENTO, op. cit., p. 127.



Contemporânea de uma importante onda de constitucionalismo global, que se seguiu ao fim da II Guerra Mundial, a Carta de 1946 propôs-se a conciliar um liberalismo político e democrático com o Estado Social.

Apesar de não se revestir de significativas inovações, a Constituição Federal de 1946 mostrou-se aversa ao autoritarismo precedente da Constituição de 1937<sup>53</sup>, bem assim trouxe, pela primeira vez, a previsão constitucional do princípio da individualização da pena, no campo dos direitos e garantias individuais<sup>54</sup>.

Nesse diapasão, a nova ordem constitucional trazia valores que iam de encontro à ideologia do Código Penal de 1940, justo porque sancionado na vigência da carta política de 1937 e dela extraíndo sua base filosófica<sup>55</sup>. Vale dizer, estruturado nas bases neo-ideológicas do Código Rocco, mostrava-se o CP40 um instrumento penal rigoroso, rígido, autoritário<sup>56</sup>.

Para Eugenio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli<sup>57</sup>, o diploma penal em comento correspondia a um “tecnicismo jurídico” autoritário que combinava penas retributivas e medidas de segurança indeterminadas, no que culminava numa inequívoca deterioração da segurança jurídica, convertendo-se num instrumento de neutralização de “indesejáveis”.

Com o advento da Constituição de 1967, cujo traço característico é o autoritarismo típico das constituições outorgadas, viu-se a manutenção integral dos direitos e garantias individuais do texto de 1946, ainda que de forma insincera. Tanto é assim que, em pleno Regime Militar, a Carta constitucional de 1967 inova no campo penal e inaugura a previsão do respeito à integridade física e moral do detento e do presidiário<sup>58</sup>.

<sup>53</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed. 3. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 133.

<sup>54</sup> Trata-se do art. 171 § 29: “A lei penal regulará a individualização da pena e só retroagirá quando beneficiar o réu”. BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil** (de 18 de setembro de 1946). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm)>. Acesso em: 19 ago. 2017.

<sup>55</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 213.

<sup>56</sup> “Seu sistema de penas e medidas de segurança (na prática constituem recursos formais para prolongar as penas indefinidamente) não era compatível com a Constituição de 1946. Nada obstante, tal como na Itália, esse sistema se manteve, embora atenuado pela ação da doutrina e da jurisprudência, mostrando sempre uma dualidade de concepção do homem que, com o passar do tempo, foi se tornando mais manifesta e intolerável.” Ibid., p. 213.

<sup>57</sup> Ibid., p. 213.

<sup>58</sup> Referência ao art. 150, § 14, da CF/67, assim transcrito: “[...] § 14. Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral do detento e do presidiário”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm)>. Acesso em: 19 ago. 2017.

Para além da abordagem dos códigos penais em curso desde a colonização brasileira, passando pelo Império e início da República, que perdurara até quase metade do século XX, o direito penitenciário, já em meados do século XIX, começara a ganhar *status* de campo científico autônomo<sup>59</sup>.

Ao longo do século XX diferentes tentativas de dogmatizar o estudo ciência penitenciária foram postas em prática, destacando-se o projeto de Código Penitenciário de 1933, da lavra de Cândido Mendes, Lemos Brito e Heitor Carrilho; o anteprojeto de 1957, de Oscar Stevenson; o anteprojeto de 1963, de Roberto Lyra; e, por fim, o anteprojeto de 1970, de Benjamim Moraes Filho<sup>60</sup>.

Os diferentes conteúdos axiológicos propostos, em verdade, refletem desenganadamente as diferentes orientações criminológicas de seus proponentes e de seu contexto histórico e, a despeito de não terem sido postos em curso, consubstanciando-se em textos legais concretos, “[...] tiveram o condão de traçar muitos dos contornos da atual legislação penal executiva brasileira”<sup>61</sup>.

É desse cenário histórico que se parte para analisar os demais diplomas penais republicanos em vigência, notadamente a reforma da parte geral do Código Penal, Lei nº 7.209/84, e a Lei de Execução Penal Brasileira, Lei nº 7.210/84, ambas, oportunamente, serão devidamente confrontadas, em suas finalidades, com a Constituição Federal de 1988.

## 1.2 DISCURSOS JUSTIFICANTES DA PENA: PARA ALÉM DA ANÁLISE CONCEITUAL DAS TEORIAS DA PENA

A nota característica do enfrentamento (científico) à criminalidade é de que, conjugando os diversos momentos punitivos das sociedades ocidentais modernas – seja pela prática de políticas criminais de defesa social, de etiquetamento, de eficientismo, de gerencialismo e atuarialismo; de populismo penal e de (neo) retribuicionismo, seja por

<sup>59</sup> Rodrigo Roig esclarece que “[...] a necessidade de unificação do tratamento legal dispensado à questão carcerária, juntamente com a crescente exortação da autonomia científica de um ‘Direito Penitenciário’, suscitada desde o X Congresso Penitenciário Internacional, ocorrido em Praga no ano de 1930, deram azo a diferentes projetos e anteprojetos de Código Penitenciário para o Brasil, ao longo do século XX”. ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Direito e prática histórica da execução penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 2005. p. 103.

<sup>60</sup> Para uma análise dos indigitados anteprojetos de Código Penitenciário, ver Rodrigo Duque Estrada Roig. *Ibid.*, p. 103-124.

<sup>61</sup> *Ibid.*, p. 103.

métodos minimalistas, abolicionistas, preventivos por correções, reinserções, neutralizações, intimidações – com as cadeias de justificativas axiológicas que lhes (des)legitimam (riscos contemporâneos, economicidade, seletividade, estado de guerra, perda do controle da criminalidade, ausência de dignidade, compromisso com reforma do indivíduo), encontrar-se-á, em regra, disputas acaloradas por respostas ao fundamento (político ou jurídico) e a função da tutela penal (absoluta, relativa, mista etc.).

Nesse sentido, digno de registro é a lição de Paulo Queiroz:

Conforme se perceberá, há várias teorias da pena, umas legitimadoras, outras deslegitimadoras, outras a um tempo legitimadoras e deslegitimadoras do poder de punir. Ver-se-á também que, apesar de assim classificáveis, não raro divergem quanto aos fundamentos do direito de punir. Exatamente por isso, não existe, a rigor, uma teoria preventiva especial, mas diversas, cujos argumentos e postulados nem sempre coincidem entre seus partidários. Com efeito, ora falam de ressocialização, ora de não dessocialização, ora propõem a ressocialização como uma finalidade a ser perseguida contra a vontade do condenado inclusive, ora como um direito seu, que não pode lhe ser imposto sob nenhum pretexto. Semelhantemente, a prevenção geral negativa proposta por Ferrajoli não é a mesma que propõe Roxin, que não é a mesma que propunha Feurbach.<sup>62</sup>

Sucedo que, desde uma análise dogmática que nos é peculiar, sugere-se uma abordagem – ainda que ululante, mas raramente tratada – do enfoque constitucional da funcionalidade da pena de prisão<sup>63</sup>. Dito de outra maneira: pensa-se que o processo de disputa da “melhor” funcionalidade da pena, seja em modelos mistos, seja em aplicação unitária, não resiste à hermenêutica e ao controle de constitucionalidade.

Não basta situar-se num posicionamento de neutralidade da Constituição Federal, por pretensamente não abordar a temática às escancaras; também não parece sustentável eleger um método de retribuição da pena com projeção no clamor e na cultura popular. De outro lado, também não se afigura pertinente, simplesmente pela finalidade humanitária, típica dos textos constitucionais democráticos, fincar-se posição indistintamente pela aplicação de políticas penais ressocializantes<sup>64</sup>.

<sup>62</sup> QUEIROZ, Paulo. **Curso de direito penal**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2012. v. 1. p. 388-389.

<sup>63</sup> Assiste razão à Anabela Rodrigues quando adverte que “[...] a problemática jurídico-constitucional da finalidade da execução não foi, até o presente, objeto de tratamento sistemático, sendo, de maneira geral, abordada em uma perspectiva de uma questão dogmática e de política criminal”. RODRIGUES, Anabela de Miranda. **A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade: seu fundamento e âmbito**. São Paulo: IBCCRIM, 1999. p. 115.

<sup>64</sup> Essa questão será pontualmente tratada quando da análise do capítulo 3. Sem embargo, adianta-se a lição de Virgílio Afonso da Silva no tocante à banalização da dignidade da pessoa humana como recurso hermenêutico: “[...] pode-se dizer que ou a dignidade humana é, no Brasil, constantemente desrespeitada, ou tal garantia tem

Tratar da funcionalidade da pena, especialmente como trazida na pesquisa – interpretada desde a Constituição Federal 1988 – requer contextualizar os discursos criminológicos correntes no período histórico, uma vez que servirão de fundamento de existência e validade para a proposta investigativa.

Esclarecidas as balizas metodológicas que norteiam o estudo, optar-se-á por não se repetir na apresentação maçante das teorias da pena, simplesmente por apresentá-las. Nada obstante, ao se delimitar os principais discursos criminológicos – justo porque as dão azo – não se olvidará de enfrentá-las pontualmente, na medida em que se enraízam nas práticas penitenciárias brasileiras e latino-americanas.

Dito isso, compreende-se que o ponto central dos discursos jurídicos modernos, pós-Revolução Francesa, dizem respeito à racionalidade e à limitação ao poder de punir. A ordem jurídica estabelecida nos Estados ocidentais legitima o uso da força como instrumento de contenção à violência, bem assim instaura um sistema de legitimação de controle social, em cuja sanção penal encontra um de seus elementos centrais e mais operantes<sup>65</sup>.

O Estado moderno, assina Max Weber,

[...] é um agrupamento de dominação que apresenta caráter institucional e que procurou (com êxito) monopolizar, nos limites de um território, a violência física legítima como instrumento de domínio e que, tendo esse objetivo, reuniu nas mãos dos dirigentes os meios materiais de gestão.<sup>66</sup>

Ocorre que as práticas punitivas se legitimam em seus discursos, os quais, por sua vez, lhes dão validade, ainda que incompatibilizados com os valores supremos da ordem política institucionalizada. Essa parece ser a problemática a ser enfrentada criticamente no campo das penas. Em outras palavras, “[...] os discursos de justificação (teorias da pena),

---

servido como uma espécie de enorme ‘guarda-chuva’, embaixo do qual diversas situações, que poderiam ser resolvidas por meio do recurso a outras garantias constitucionais e até mesmo infraconstitucionais, acabam sendo amontoadas em busca de proteção. [...] Isso porque – e talvez essa possa ser uma diretriz geral –, em todos eles, vários eram os outros direitos aos quais o aplicador do direito, independentemente de uma garantia constitucional da dignidade, poderia ter recorrido”. SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 56.

<sup>65</sup> Em Iñaki Rivera Beiras observa-se, na modernidade, uma nova genealogia e estruturação da violência: “[...] *el surgimiento del ius puniendi estatal Moderno, junto a toda la racionalidad de progreso que alimentó el siglo XIX convocaron a un optimismo en torno al desarrollo de la civilización, la cual debía caminar así hacia un camino imparable de mayores cuotas de humanidad y de progresivo desarrollo*”. RIVERA BEIRAS, Iñaki (Coord.). **Violencia (estructural), memoria (colectiva) y daño (social): ejes para una criminología crítica global**. Barcelona: Anthropos, 2014. p. 3.

<sup>66</sup> WEBER, Max. **Ciência e política: duas vocações**. São Paulo: Cultrix, 1993. p. 49.

invariavelmente, naturalizam consequências perversas e negativas da pena como realidade concreta”<sup>67</sup>.

Tais premissas confirmam que a limitação do poder de punir, tanto em sua essência, quanto em seu controle formal – legitimado na figura do Estado – jamais deixou de lado a função expiatória da pena. Ao contrário, em um mundo em que as aberturas políticas eram cada vez mais frequentes, o espaço do Estado era confrontado e a única forma de conferir estabilidade aos indivíduos e às populações móveis seria através da fixação de suas identidades<sup>68</sup>. Vale dizer, portanto, que “[...] a natureza excludente do castigo não desaparece com a consolidação do Estado”<sup>69</sup>.

A contenção política do processo punitivo contemporâneo, sob uma perspectiva dos *standards* da teoria garantista de Luigi Ferrajoli, vigora-se nos processos de legitimação interno (planos de existência/vigência, validade e eficácia jurídica), e externa das normas penais (processo axiológico ético-político), em cujos significantes opera-se os instrumentos de justificação da intervenção penal mínima (“por que”, “quando”, “como” punir e julgar).

O problema axiológico da justificação volta a identificar-se, pois, como na época iluminista, com o problema das garantias penais e processuais, ou seja: aquele das técnicas normativas mais idôneas para minimizar a violência punitiva e aquele de exponenciar ao máximo a tutela dos direitos, que são precisamente os objetivos – jamais perfeitamente realizáveis, de fato amplamente irrealizados, mas, contudo, não totalmente irrealizáveis – que, por si só, justificam o direito penal. Existe, pois, uma correspondência biunívoca entre justificação externa ou ético-política e garantismo penal. Um sistema penal é justificado se, e somente se, minimiza a violência arbitrária na sociedade. E atinge tal objetivo à medida que satisfaz as garantias penais e processuais do direito penal mínimo. Estas *garantias* se configuram, portanto, como outras *condições de justificação do direito penal*, no sentido que somente a atuação destas vale para satisfazer-lhes os objetivos justificantes.<sup>70</sup> [Grifo no original].

Em suma, a doutrina garantista de Luigi Ferrajoli posiciona-se no sentido de dar validade à pena. Entendida como mal menor, ou seja, revela-se útil (um bem), na medida em que nela se sustenta uma adequada doutrina de justificação, para, concomitantemente,

<sup>67</sup> CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 45.

<sup>68</sup> ANITUA, Gabriel Inacio. **História dos pensamentos criminológicos**. Tradução de Sérgio Laramão. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2008. (Pensamento Criminológico, 15). p. 103.

<sup>69</sup> *Ibid.*, p. 103.

<sup>70</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 172.

desenvolver (supostamente) mecanismos limitativos dela mesma. Em outras palavras, legitima-se a pena previamente para posteriormente limitá-la<sup>71</sup>.

Salo de Carvalho<sup>72</sup> expõe os vícios de justificação das doutrinas penalógicas asseverando que os ideais defensivistas equivalem ao que Luigi Ferrajoli alude como vício ideológico e meta-ético das doutrinas de justificação. Vícios dogmáticos que se revestem de um discurso focado na ruptura irreal entre o modelo teórico-normativo (científico) e a efetividade (política) da pena. Do conflito dessas relações produzidas entre doutrinas de justificação, vale dizer, entre os discursos dogmatizados sobre a justificação – fins do direito penal (teorias penalógicas) –, e as justificações – discursos projetados *a posteriori* em relação ao cumprimento dos objetivos justificantes e seu liame ao modelo normativo –, encontra-se um roteiro de deslegitimação dos sistemas penais (normas, institutos e práticas), sobretudo na América Latina, local onde o respeito à legalidade penal e ao processual penal é quase nulo.

Para Eugenio Raúl Zaffaroni,

*[...] en la criminología de nuestros días es corriente la descripción de la operatividad real de los sistemas penales en términos que nada tienen que ver con la forma en que los discursos jurídico-penales presuponen que operan, es decir, que la programación normativa se basa sobre la “realidad” que no existe y el conjunto de agencias que debiera llevara cabo es la programación opera en forma completamente diferente.*<sup>73</sup>

Por sua vez, Louk Hulsan sustenta que o processo de deslegitimação da pena passa pela ausência de reconhecimento de autoridade no processo punitivo, a saber:

A “pena”, tal como entendida em nossa civilização, parece conter dois elementos: uma relação de poder entre aquele que pune e o que é responsável, etc... e o outro aceitando que seu comportamento seja assim condenado, porque reconhece a autoridade do primeiro; em determinados casos, a condenação é reforçada por elementos de penitência e de sofrimento impostos e aceitos em virtude daquela mesma relação de poder. Esta é a análise – e a linguagem – que estamos habituados a ouvir e que parece legitimar nosso direito de punir. Em nosso contexto cultural, a verdadeira pena pressupõe a concordância das duas partes. Daí que, não havendo uma relação entre aquele que pune e aquele que é punido, ou ausente o

<sup>71</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen e AMARAL, Augusto Jobim do. **Criminologia e(em) crítica**. Curitiba: Champagnat; Porto Alegre: EDIPUCRS, 2013.

<sup>72</sup> CARVALHO, Salo de. Teoria agnóstica da pena: o modelo garantista de limitação do poder punitivo. In: \_\_\_\_\_ (Org.) et al. **Crítica à execução penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 03-44. p. 29-30.

<sup>73</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 16.

reconhecimento da autoridade, estaremos diante de situações em que se toma extremamente difícil falar de legitimidade da pena.<sup>74</sup>

Depurados os discursos ou argumentos com que cada um dos setores convergentes do sistema penal busca explicar e justificar a sua participação, observa-se que não há uma única ideologia do sistema penal, senão uma pluralidade de ideologias que se complementam numa multiplicidade de discursos. O discurso jurídico ou judicial é, no mais das vezes, garantidor, construído na retribuição ou na ressocialização (na Argentina e no Brasil costumam-se combinar ambos; o discurso policial é predominantemente moralizante; o discurso penitenciário é predominantemente terapêutico ou de “tratamento”). O discurso judicial solidifica-se em sua própria cultura: pragmática, legalista, regulamentadora, de simples interpretação da letra da lei, com nítida tendência à burocratização. Em geral, é perceptível a separação de funções com confronto de discursos e atitudes, resultando numa compartimentalização do sistema penal: a polícia atua ao largo do discurso judicial e da ação que o justifica; a instrução, quando é judicial, olvida o discurso e a atividade de decisão; a segunda instância ignora as fundamentações da primeira, que também não coincidem com seu próprio discurso de maior isolamento; o discurso penitenciário, por sua vez, ignora todo o resto. Cada um dos segmentos vale-se do propósito de se apropriar de uma fatia maior do sistema, a exceção do judicial, que vê tolhidas as suas funções sem maior crise<sup>75</sup>.

Quando se analisam os discursos penais, desde uma perspectiva moderna (pós-industrialismo), perceber em suas mais variadas vertentes ideológicas – já que retratam os valores concebidos num dado período histórico – o sistema penal como um importante instrumento a serviço do controle social. É dizer, com a emancipação industrial, o contratualismo ganha forma como elemento central de constituição dos modelos societários, bem assim implica a ruptura com o sentido atribuído à pena<sup>76</sup>.

Com a ruptura contratual, que chega pela inadimplência do cidadão que nada tem, a única coisa a ser oferecida ao mercado para quitação da dívida é o trabalho, por meio da privação da liberdade. Na visão de Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, “[...] daí surge a ideologia que faz da privação de liberdade uma pena, que até então havia sido

<sup>74</sup> HUSLMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas**: o direito penal em questão. Niterói/RJ: Luan, 1993. p. 87.

<sup>75</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 71.

<sup>76</sup> *Ibid.*, p. 251.

apenas uma medida preventiva (o que hoje chamamos de “prisão preventiva”) durante o processo, pois as penas eram corporais”<sup>77</sup>.

Com efeito, tem-se na privação de liberdade, sob a égide do contratualismo, um método retributivo da pena<sup>78</sup>.

Maior expoente da investigação racional de seu tempo, Imanuel Kant<sup>79</sup> aporta seus princípios acerca da razão pura e razão prática para dentro do campo penal. Ao concluir que a pena não pode ser imoral, o mesmo depreende que essa não pode tomar o homem como um meio, porque, caso contrário, mediatizaria o apenado. Logo, em sua concepção, a pena sequer se revestiria da função de melhorar o delinquente. Daí a concepção kantiana da pena como um fim em si mesmo, derivada da simples violação do dever jurídico<sup>80</sup>.

Essa percepção da pena retributiva, cuja carga de vingança restabelece o mal infligido à vítima, restaura, na visão de Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, a prática do Talião, “[...] que Kant entende como a devolução da mesma quantidade de dor injustamente causada. Tal é a teoria absoluta da pena em Kant”<sup>81</sup>.

No trato da teoria absoluta da pena, Claus Roxin informa que a sanção penal não possui vínculo com qualquer medida ou perspectiva social, daí o caráter autônomo da pena<sup>82</sup>.

Em nítido contraste ao método retributivo desenvolvido por Imanuel Kant, o retribucionismo hegeliano desgarra-se do campo da moral e ético (bem e mal), projetando-se para o debate jurídico. Vale dizer, o crime, na posição do autor, é tido como uma violação jurídica, de maneira que não é enxergado como a produção de um mal ou violação de imperativo ético<sup>83</sup>.

<sup>77</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 252.

<sup>78</sup> Em Hobbes, ainda no séc.XVII, nasce a teoria contratualista, baseada fortemente na limitação do poder estatal, tendo na origem do governo o consentimento dos indivíduos. Sucede que, nas palavras de Baumer, “[...] existe na teoria contratual de Hobbes o germe de um liberalismo, que ele próprio não teria apoiado. [...] Todavia, a intenção de Hobbes não era, decerto, acentuar os direitos individuais, mas sim os direitos dos soberanos, por instituição. [...] Hobbes pretendia evitar a anarquia, cujos efeitos prejudiciais observara a sua volta, e dar aos homens a segurança que acreditava ele, só a autoridade soberana poderia dar”. BAUMER, Franklin Le Van. **O pensamento europeu moderno**: séculos XVII e XVIII. Lisboa: Edições 70, 1977. v. I. p. 125.

<sup>79</sup> Para uma análise mais detida acerca da posição de Kant, ver: KANT, Imanuel. **Metafísica de las costumbres**. Madrid: Tecnos, 1989.

<sup>80</sup> ZAFFARONI; PIERANGELI, op. cit., p. 253.

<sup>81</sup> Ibid., p. 253.

<sup>82</sup> ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Madrid: Civitas, 1997. p. 82-85.

<sup>83</sup> CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 59.



Daí porque Friedrich Hegel<sup>84</sup>, utilizando-se de silogismo, sustenta que a pena se qualifica como uma oposição racional ao ato irracional do delito, constituindo-se como a negação da negação do direito.

Segundo assinala Salo de Carvalho, “[...] o princípio fundamental da teoria hegeliana da pena é centrado na noção de que a violência destrói a si mesma com outra violência”<sup>85</sup>.

Observa-se, portanto, que a sanção penal retributiva apresenta sua carga de castigo<sup>86</sup>, habilitada por meio da violência<sup>87</sup>.

Em Ricardo Gloeckner e Augusto Jobim<sup>88</sup> compreende-se que a ideia que pode ser retirada do pensamento retribucionista é de que a pena se encontra restrita ao passado, não se ocupando com o devir. Enclausurada na memória, orienta o castigo despreocupadamente com o futuro, no que elimina a possibilidade de se pensar na proporcionalidade da sanção. Nesse sentido, a pena apenas se propõe a satisfazer o desejo de vingança e restabelecer a ordem violada.

Ademais, a ideologia penal absoluta defendida em Imanuel Kant e Friedrich Hegel sofre forte crítica quando confrontada com a realidade prática, justo porque seus fundamentos são meramente dedutivos, “[...] motivo pelo qual inexistente qualquer dado empírico que permita afirmar que a sanção exerce efetivamente um papel de neutralização”<sup>89</sup>.

Engrossando a crítica ao método retributivista, Eugenio Raúl Zaffaroni não olvida de excursionar pelo pensamento revolucionário de Marat, quando denuncia a incongruência do discurso talional kantiano. Para ele, tratava-se de uma falácia sustentar que a pena justa fosse

---

<sup>84</sup> “A supressão do crime é a remição, quer segundo o conceito, pois ela constitui uma violência contra a violência, quer segundo a existência, quando o crime possui uma certa grandeza qualitativa e quantitativa que se pode também encontrar na sua negação como existência.” HEGEL, Friedrich. **Princípios de filosofia de direito**. 3. ed. Lisboa: Guimarães, 1986. p. 92-93.

<sup>85</sup> CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 59.

<sup>86</sup> Considerando o método retributivo desprovido de qualquer finalidade, Rivacoba y Rivacoba anota: “a concepção retributivista mantém a pena estritamente dentro do jurídico, como um verdadeiro ente jurídico, de criação e sentidos somente jurídicos, não impulsionando-a fora do direito como mero recurso para satisfazer ou realizar desígnios sociais.” RIVACOBAY RIVACOBAY, Manoel. **Funcion y aplicacion de la pena**. Buenos Aires: Depalma, 1993. p. 37.

<sup>87</sup> Esta concepção terminológica de “violência” como elemento instrumental da função retributiva da pena será objeto de detida análise quando da abordagem hermenêutica, no capítulo 3, item 3.3.4

<sup>88</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen e AMARAL, Augusto Jobim do. **Criminologia e(em) crítica**. Curitiba: Champagnat; Porto Alegre: EDIPUCRS, 2013. p. 95.

<sup>89</sup> CARVALHO, op. cit., p. 70.

retributiva, justo porque os valores iluministas idealizados não resistem em uma sociedade sem justiça distributiva<sup>90</sup>.

De fato, os propósitos retribucionistas entram em fricção com os próprios fundamentos do direito penal, a saber, proteger os bens jurídicos mais relevantes da sociedade, de modo que a ideologia absoluta da pena não se postaria como legítima para conduzir as políticas punitivas contemporâneas<sup>91</sup>.

E como racionalizar a produção em massa de castigo? A pergunta revela-se atual, mas, em linhas gerais, desenvolveu-se, com cunho ideológico desde a abordagem contratualista do final do século XVIII e ao longo de boa parte do século XIX.

Em linhas gerais, os penalistas ilustrados sustentam a limitação do poder de punir, no campo penal, por meio da teoria do contrato. Vale dizer, “[...] racionalizar o castigo para que atuasse ao mesmo tempo como instrumento estatal – e para fins sociais – e como limite ao Estado, protegendo o cidadão”<sup>92</sup>.

Nesse sentido, o contratualismo penal seguramente tem em Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria, seu maior expoente. A obra *Dos Delitos e das Penas*, publicada anonimamente em 1764, rapidamente fora introduzida em toda a Europa, disseminando a ideia contratualista de que as penas deveriam ser proporcionais ao dano social causado, de sorte que deveria ser rechaçada toda forma de pena cruel, bem assim a tortura, instrumento de colheita de prova usualmente difundido<sup>93</sup>.

Cumprе esclarecer que o discurso iluminista da escola clássica, como lembrado por Gabriel Inacio Anitua, jamais pretendeu omitir que o problema do castigo, bem como outras posições criminológicas, encontrava-se imerso na concepção filosófica e política que regula a ordem e o Estado<sup>94</sup>.

---

<sup>90</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 257.

<sup>91</sup> Neste sentido é a posição de Roxin que, como dito alhures, será apartadamente examinada neste estudo. ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Madrid: Civitas, 1997. p. 84.

<sup>92</sup> ANITUA, Gabriel Inacio. **História dos pensamentos criminológicos**. Tradução de Sérgio Laramão. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2008. (Pensamento Criminológico, 15). p. 164.

<sup>93</sup> ZAFFARONI; PIERANGELI, op. cit., p. 259.

<sup>94</sup> ANITUA, op. cit., p. 164.

Esse parece ser o ponto central da viragem ideológica das teorias absolutas para as teorias relativas: a percepção crítica do direito de punir, deixando de exortar e legitimar o direito de punir com fundamento no castigo<sup>95</sup>.

Nesse processo de ruptura ideológica, não menos importante é o papel desempenhado por Franz Von Liszt, que inaugura a dogmática do direito no âmbito criminal – sobretudo a partir de *A Ideia de Fim em Direito Penal* (1883) – quando atribui à sanção penal um caráter finalístico<sup>96</sup>.

Franz Von Liszt observa que um salto de civilidade pressupõe compreender a pena de forma objetivada, assentada na experiência, de modo que, ao ser imposta pelo Direito (jurídica), “[...] assume a ideia de adequação a fim”<sup>97</sup>.

É possível dizer que, a partir da modernidade penal, dois grandes discursos de legitimação do poder punitivo são construídos, ambos voltados à prevenção de crimes. A saber, aqueles que invocam fatores positivos da criminalização incidam sobre aqueles que não delinquiram, revelado na chamada prevenção geral, que se subdivide em negativas (intimidatórias) e positivas (reafirmativas); e aquele grupo atende que os fatores penais preventivos atuem sobre o delinquente, revelando as chamadas teorias preventivas especiais, também subdividem-se em negativas (neutralizadora) e positivas (reformadoras)<sup>98</sup>.

E, dentre esses modelos, o da prevenção geral negativa inaugura essa nova fase, marcado pela política criminal, que vê na pena mecanismo de prevenção de crimes pelo intento dissuasório.

Nome certo entre os defensores da função penal através da prevenção intimidativa, Johan Paul Anselm von Feuerbach, intensifica a posição de Cesare Beccaria através do discurso dissuasório em que a pena exerce uma coação psicológica no indivíduo. Dessa

---

<sup>95</sup> Beccaria, ainda que não afaste a pena com fundamento na retribuição, promove um sentido utilitário a ela: “os castigos têm por fim único impedir o culpado de ser nocivo futuramente à sociedade e desviar seus concidadãos da senda do crime. Entre as penas e na maneira de aplicá-las proporcionalmente aos delitos, é mister, pois, escolher os meios que devem causar no espírito público a impressão mais eficaz e mais durável e, ao mesmo tempo, menos cruel no corpo do culpado”. BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: WVC, 2002. p. 85.

<sup>96</sup> CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 148.

<sup>97</sup> LISZT, Franz Von. **La idea de fin en derecho penal**. México: UNAM, 1994. p. 80.

<sup>98</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 115.

forma, ao visar à prevenção geral de novos delitos, a pena qualifica-se como um instrumento de segurança social<sup>99</sup>.

Segundo Johan Paul Anselm von Feuerbach<sup>100</sup>, a finalidade da aplicação da pena é a intimidação geral, posto que todos são passíveis de se tornarem protagonistas de lesões jurídicas. Com efeito, se dissuade todos os indivíduos e a execução dá efetividade ao comando legal, tem-se realizado o objetivo final da sanção que, em última análise, é intimidar os cidadãos por meio da lei.

Conforme acentua Salo de Carvalho, a punição, em momento algum, sob a ótica dissuasória, é direcionada ao indivíduo que comete o delito (prevenção especial), de sorte que “[...] inexistente nas teorias justificadoras da primeira modernidade penal, qualquer fim educativo ou moral”<sup>101</sup>.

Para Jeremy Bentham<sup>102</sup>, um dos maiores expoentes do utilitarismo penal, a prevenção geral negativa criaria um campo de avaliações de seu custo-benefício, onde o indivíduo sopesaria os riscos e restaria inibido pela iminência da punição.

Em Romagnosi observa-se que a pena exerce o poder de ampliar razoavelmente o direito de defesa social e, nesse sentido, o castigo, desprovido de fim ético, se volta a um fim útil: conservar a sociedade mesmo que a violência não esteja consumada, a despeito de poder ser exercida pelo cidadão para repelir um ato ilícito atual ou iminente, sem prejuízo de também visar impedir novos crimes<sup>103</sup>.

O certo é que esse campo de ideias não passou incólume de críticas.

O primeiro ponto de abalo foi suscitado por Francesco Carrara<sup>104</sup>, quando assinala que fundamentar a pena pelo seu efeito de coação moral ou psicológica redundaria em um permanente aumento da cominação das penas, porquanto, a prática do crime que não venha a coibir os criminosos corrobora para que a pena seja enrijecida, até que efetivamente cause o esperado temor.

<sup>99</sup> ANITUA, Gabriel Inacio. **História dos pensamentos criminológicos**. Tradução de Sérgio Laramão. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2008. (Pensamento Criminológico, 15). p. 181.

<sup>100</sup> FEUERBACH, Johan Paul Anselm von. **Tratado de derecho penal común vigente en Alemania**. Buenos Aires: Mannurabi, 1989. p. 60.

<sup>101</sup> CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 69.

<sup>102</sup> BENTHAM, J. **The rationale of punishment**. London: Robert Heward, 1830.

<sup>103</sup> ANITUA, op. cit., p. 187.

<sup>104</sup> CARRARA, Francesco. **Programa de derecho criminal: parte general**. Bogotá: Temis; Buenos Aires: Depalma, 1996. p. 69.

Para Claus Roxin, a problemática em torno da ideia de prevenção geral negativa se origina da ausência de um limite inibidor, no que a pena pode se converter em um perigoso instrumento de terror Estatal. *“La idea de que penas más altas y más duras tengan un mayor efecto intimidatorio ha sido históricamente (a pesar de su probable inexactitud) la razón más frecuente de las penas ‘sin medida’”*.<sup>105</sup>

Demais disso, Salo de Carvalho lembra que o estágio atual do estudo criminológico e da penologia fornecem importantes indicadores interpretativos de que os processos de criminalização e os instrumentos de punição não são fatores decisivos e indispensáveis para a prática ou não de crimes. Entretanto, isso não quer dizer que alguns indivíduos não se sintam inibidos pelo efeito simbólico da pena. Os questionamentos feitos pela criminologia crítica em relação ao efeito dissuasivo situam-se no fato de que “[...] o fenômeno pena é apenas um fator (e provavelmente o menos importante) dentre as inúmeras circunstâncias que influenciam a prática ou abstinência de atos ilícitos”<sup>106</sup>.

Não é diferente a crítica objetada por Luigi Ferrajoli acerca dos efeitos deletérios da prevenção geral negativa:

Por derradeiro, o fim da prevenção geral, sendo calcado na sugestiva idéia da prevenção dos delitos, pode, facilmente, degenerar naquele da prevenção especial, e, portanto, avalizar medidas e tratamentos penais extra ou ultra-delictum. Com efeito, não se compreende, uma vez que justificada através da finalidade de prevenção geral negativa, a ameaça da pena, porque não poderia ser justificada, por via dos mesmos fins, a ameaça das medidas de prevenção para sujeitos suspeitos ou perigosos.<sup>107</sup>

Diversamente da teoria geral negativa, a doutrina da teoria da prevenção geral positiva não busca intimidar os possíveis delinquentes, mas, por meio da pena, procura afirmar a consciência social da norma e confirmar a sua vigência. Daí porque se altera o ponto de vista: a pena não se dirige apenas a eventuais infratores, pois não objetiva inibir suas possíveis

<sup>105</sup> ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. Madrid: Civitas, 1997. p. 92.

<sup>106</sup> Em termos práticos, lembra Salo de Carvalho que “[...] os dados do encarceramento contemporâneos em praticamente todo o Ocidente possibilitam comprovar a inexistência de relação causal entre (a) o aumento de penas e a diminuição dos crimes ou entre (b) a descriminalização e o aumento da criminalidade”. O autor traz como exemplo a Lei 8072/90, cujo incremento punitivo não diminuiu as curvas do encarceramento e das taxas de criminalidade. Em contrapartida a (descarcerização) no Brasil e a descriminalização em muitos países europeus do uso de entorpecentes, revelou não ter aumentado as taxa de consumo. CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 72-73.

<sup>107</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione: teoria del garantismo penale**. 5. ed. Roma: Laterza, 1998. p. 225.

inclinações à prática delitativa, senão a todos os indivíduos, a fim de confirmar sua confiança na norma<sup>108</sup>.

Entretanto, conforme acentua Mir Puig<sup>109</sup>, os partidários dessa teoria podem ser agrupados em duas direções: aqueles que defendem a prevenção de forma fundamentadora, ou ampliadora da intervenção do direito penal; e aqueles que concebem a teoria com efeito limitador da intervenção penal.

Os primeiros seguem posição firmada por Hans Welzel que, conquanto não considere essa função ético-social do direito penal como integrante da prevenção geral – porque a entende como uma função de justa retribuição – é inequívoco seu caráter preventivo. Dita função, ao perseguir a prevenção da destruição da consciência ético-social e da atitude dos cidadãos, termina por prevenir a longo prazo a lesão aos bens jurídicos<sup>110</sup>.

Dentro dessa perspectiva, destaca-se a posição de Gunter Jakobs, que, ainda que coincida com Hans Welzel em perseguir a manutenção da fidelidade ao direito pela coletividade, apresenta uma variante distinta em relação à teoria da prevenção geral positiva formulada por Welzel: nega que essa função sirva para proteger determinados valores e bens jurídicos. Sua única meta, em verdade, corresponde em garantir a função de orientação das normas jurídicas<sup>111</sup>.

É nessa linha intelectual que Günter Jakobs descreve sua teoria:

*La pena pública existe para caracterizar el delito como delito, lo que significa lo siguiente: como confirmación de la configuración normativa concreta de la sociedad. Más adelante se discutirá hasta qué medida siquiera es acertado hablar de un “fin” de la pena. En todo caso, tal fin, si es que se quiere hacer uso de ese término, recibirá una denominación completamente desdibujada con un ne peccetur. ¿Por qué iba a entregarse la sociedad a la ilusión de que previene delitos? Su configuración se ve confirmada y sigue siendo el esquema de orientación determinante, y ello tanto para la determinación de lo que es fidelidad al Derecho como para la determinación del delito. Se previene algo, pero no un delito futuro cualquiera, sino que los delitos ya no se conciben como delitos; lo que se previene, por lo tanto, es la erosión de la configuración normativa real de la sociedad. La pena pública es el mantenimiento del esquema de interpretación válido publicamente.<sup>112</sup>*

<sup>108</sup> MIR PUIG, Santiago. Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva. In: RAMIREZ, Juan Bústos (Org.). **Prevención y teoría de la pena**. Santiago do Chile: Editorial Jurídica Cono Sur Ltda., 1995. p. 49-58. p. 50.

<sup>109</sup> Ibid., p. 50.

<sup>110</sup> Ibid., p. 50.

<sup>111</sup> Ibid., p. 50.

<sup>112</sup> JAKOBS, Günter. **Sobre la teoría de la pena**. Tradução de Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998. p. 15-16.

Destarte, a formulação construída por Günter Jakobs, nitidamente inspirada na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, revela que “[...] a norma penal se impõe como uma necessidade funcional/sistêmica de estabilização de expectativas sociais por meio da aplicação de penas ante a frustração que decorrem da violação das normas”<sup>113</sup>. Em outras palavras, a pena, ao proteger essas interações sociais, coloca-se apta a prevenir crimes quando assegura a validade das normas e, por consectário, restabelece a confiança no sistema e restaura a interação social<sup>114</sup>.

Em síntese de conclusão, Günter Jakobs vê no delito uma ameaça à integridade e à estabilidade social, e, em ordem a expressar a falta de fidelidade ao direito. Por isso, Paulo Queiroz lembra que essa infidelidade “[...] faz estremecer a confiança institucional, e a pena é, por sua vez, uma expressão simbólica oposta à representada pelo crime”<sup>115</sup>.

As posições examinados até agora, de Hans Welzel a Günter Jakobs, nutrem-se da chamada prevenção geral positiva fundamentadora, cuja atuação se justifica pela intervenção do direito penal. Assim entendida, a prevenção geral positiva permite, e até mesmo obriga, a utilização da pena, ainda que não se faça necessária sob o ponto de vista da proteção imediata de bens jurídicos através da prevenção geral tradicional (intimidadora) ou pela prevenção especial. Tal postura é semelhante a admitir a retribuição, embora não seja necessária para a prevenção geral ou especial, no sentido clássico<sup>116</sup>.

Entonando crítica ao modelo funcionalista-sistêmico, Luigi Ferrajoli observa que, diversamente da teoria de Durkheim – que em momento algum pretendeu se comprometer com uma justificação legitimadora da pena –, a doutrina de Günter Jakobs, contudo, “[...] representa uma ideologia de legitimação apriorística, tanto do direito penal como da pena”. Sendo assim, é indubitoso que essa teoria, “[...] ao reduzir o indivíduo à condição de ‘subsistema físico-psíquico’ [...]”, subordinando-o funcionalmente aos comandos do sistema societário como um todo, qualifica-se inevitavelmente como solidária de ideologias de “[...] direito penal máximo e ilimitado, programaticamente indiferente à tutela dos direitos da pessoa”<sup>117</sup>.

<sup>113</sup> QUEIROZ, Paulo. **Curso de direito penal**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2012. v. 1. p. 395.

<sup>114</sup> Ibid., p. 395.

<sup>115</sup> Ibid., p. 396.

<sup>116</sup> MIR PUIG, Santiago. Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva. In: RAMIREZ, Juan Bústos (Org.). **Prevención y teoría de la pena**. Santiago do Chile: Editorial Jurídica Cono Sur Ltda., 1995. p. 49-58. p. 53.

<sup>117</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione: teoria del garantismo penale**. 5. ed. Roma: Laterza, 1998. p. 222.

Lado outro, tem-se especialmente em Claus Roxin posição legitimadora da prevenção geral positiva limitadora da intervenção penal, denominada de prevenção geral integradora<sup>118</sup>.

O aspecto positivo da prevenção geral, conforme ensina Claus Roxin, “[...] *comúnmente se busca en la conservación y el refuerzo de la confianza en la firmeza y poder de ejecución del ordenamiento jurídico*”<sup>119</sup>. Consoante esse entendimento, a pena tem a missão de demonstrar a inviolabilidade do ordenamento jurídico perante a comunidade jurídica, assim reforçando a confiança do povo nas instituições jurídicas.

Sucedede que, na atualidade, o mestre alemão atribuiu a este ponto de vista “[...] *un mayor significado que el mero efecto intimidatorio*”. Na realidade, a prevenção geral positiva postula três finalidades e efeitos distintos, mas que devem ser cotejados entre si: o efeito de apredizagem, cuja motivação é de ordem psico-pedagógica; o exercício na confiança do direito, que se fortalece na população por intermédio do sistema de justiça penal; e, finalmente, revela o efeito de pacificação social, que se produz “[...] *cuando la conciencia jurídica general se tranquiliza, en virtud de la sanción, sobre el quebrantamiento de la ley y considera solucionado el conflicto con el autor*”<sup>120</sup>.

Sobretudo nesse efeito pacificador, informa Claus Roxin, “[...] *se alude hoy frecuentemente para la justificación de reacciones jurídicopenales con el término de ‘prevención integradora’*”<sup>121</sup>.

É desse contexto teórico que Claus Roxin inicia a apresentação de sua teoria dialética da sanção penal:

*No cabe duda de que el punto de partida ideológico de la teoría preventivogeneral está claro. En cuanto tiende a la evitación de delitos, está orientada, al contrario de la teoría de la retribución, inmediatamente a la misión de protección del Derecho penal y no pierde tampoco su sentido por un reconocimiento de la prevención especial. Pues no es suficiente, bajo el punto de vista de la evitación del delito, con que la pena actúe sólo sobre los ya reincidentes; más bien es deseable políticosocialmente prevenir además la comisión de delitos en general y desde un principio, y justamente ésta es la meta del planteamiento preventivogeneral.*<sup>122</sup>

<sup>118</sup> Lembra Mir Puig que este também é posicionamento de Hassemer e Zipf. MIR PUIG, Santiago. *Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva*. In: RAMIREZ, Juan Bústos (Org.). **Prevención y teoría de la pena**. Santiago do Chile: Editorial Jurídica Cono Sur Ltda., 1995. p. 49-58. p. 54. Entre nós, Juarez Tavares filia-se a este entendimento. TAVARES, Juarez. *Culpabilidade e individualização da pena*. In: BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André (Org.). **Cem anos de reprovação**. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 121-152.

<sup>119</sup> ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Madrid: Civitas, 1997. p. 91.

<sup>120</sup> *Ibid.*, p. 91-92.

<sup>121</sup> *Ibid.*, p. 92.

<sup>122</sup> *Ibid.*, p. 92.



Vale dizer, Claus Roxin<sup>123</sup> desenvolve entendimento que o ponto de partida do sistema de aferição da pena no Código alemão é sua adequação à culpabilidade, no que corresponde à prevenção geral positiva, a qual denomina de prevenção geral compensadora ou integradora. De outro modo, denomina a prevenção geral negativa de intimidatória.

E sobre esse aspecto, Mir Puig<sup>124</sup> acrescenta que a prevenção geral compensadora ou integradora, que se contenta com a manutenção da ordem jurídica e da afirmação da fidelidade no direito, se envida respeitando os limites da culpabilidade. De outro turno, a prevenção geral intimidatória na visão de Claus Roxin, permitira ir mais longe, precisamente porque supõe uma tendência a elevar a pena para alcançar seus objetivos, em nítida sintonia com a ideia de “terror penal”.

Bem por esse entendimento que Claus Roxin se manifesta avesso a essa prevenção intimidatória e propõe, em contrapartida, a prevenção integradora, que se compromete com o respeito aos limites da culpabilidade. Por outro lado, admite-se que, no caso concreto, possa se impor uma pena inferior à adequada culpabilidade, se tal pena puder resultar dissocializadora e contraindicada sob o especto de prevenção especial. Nada obstante, mesmo essa adequação integradora encontra limites, qual seja, a pena não pode resultar insuficiente para a defesa da ordem jurídica. *“Esta defensa mínima del orden jurídico supone, para Roxin, la última forma de prevención general, su límite último de contención”*.<sup>125</sup>

Em conclusão, Santiago Puig, filiando-se ao conceito restritivo de prevenção geral positiva, descarta a postura fundamentadora de Günter Jakobs com a seguinte premissa:

*Las diferentes objeciones mencionadas hasta aquí aconsejan rechazar las concepciones de la prevención general positiva que ofrecen una legitimación fundamentadora o ampliadora de la intervención penal. En cambio, me parece progresiva en un Estado social y democrático de derecho la utilización limitadora del concepto de prevención general positiva. Un Estado social está empeñado en la misión de proteger a la sociedad y para ello debe acudir al derecho penal si es absolutamente necesario. El primer fundamento de la intervención penal es su estricta necesidad para la defensa de los bienes jurídicos fundamentales. Pero no toda pena necesaria para la prevención de delitos resulta admisible en un Estado democrático de derecho respetuoso de la dignidad de todo hombre – también del delincuente. Un tal Estado ha de restringir el derecho penal mediante una serie de límites, y no sólo por el de culpabilidad, sino también por los de legalidad, humanidad, proporcionalidad y resocialización y otros. El concepto de prevención general positiva será oportuno si se entiende que ha de integrar todos estos límites*

<sup>123</sup> MIR PUIG, Santiago. Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva. In: RAMIREZ, Juan Bústos (Org.). **Prevención y teoría de la pena**. Santiago do Chile: Editorial Jurídica Cono Sur Ltda., 1995. p. 49-58. p. 55.

<sup>124</sup> Ibid., p. 55.

<sup>125</sup> Ibid., p. 55.

*armonizando sus contradicciones recíprocas: si se entiende que una razonable afirmación del derecho penal en un Estado social y democrático de derecho exige el respeto de dichas limitaciones.*<sup>126</sup>

Da mesma forma que a teoria fundamentadora da prevenção geral positiva, a teoria integradora não se encontra a salvo de críticas<sup>127</sup>.

Diversamente das teorias retributivistas e da função de prevenção geral negativa, respectivamente endereçadas ao crime e à coação psicológica da sociedade, as ideologias de prevenção especial positiva abrem um novo flanco criminológico, centralizado no indivíduo (*homo criminalis*)<sup>128</sup>.

Com efeito, é possível afirmar que o novo parâmetro investigativo – que adentra as ciências criminais – é o homem delinquente, de maneira que a resposta estatal punitiva deve alçá-lo ao centro do sistema penal, vendo-o, ademais, “[...] como o principal destinatário da sanção e como o protagonista em sua execução”<sup>129</sup>.

É dessa perspectiva que “[...] as teorias da prevenção especial positiva (teorias da emenda ou correccionalistas) dominarão o sentido da pena na segunda fase da modernidade penal, período que germina no início do século XX e perdura até o final da década de 1970”<sup>130</sup>.

Para esse modelo de intervenção penal, a finalidade da pena é prevenir novos crimes, de modo a ressocializar os indivíduos delinquentes, seja pela correção de hábitos, reeducação ou por incremento de medidas terapêuticas, evitando, assim, a reincidência.

Anota Paulo Queiroz<sup>131</sup> que muitas correntes acadêmicas defenderam ou defendem esse modelo de justificação da tutela punitiva, tal qual o correccionalismo espanhol (Dorado

<sup>126</sup> MIR PUIG, Santiago. Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva. In: RAMIREZ, Juan Bústos (Org.). **Prevención y teoría de la pena**. Santiago do Chile: Editorial Jurídica Cono Sur Ltda., 1995. p. 49-58. p. 57.

<sup>127</sup> Zaffaroni não economiza críticas a este conceito teórico quando adverte que “*La pena – y por ende el derecho penal – como instrumento de conservación de la confianza en las instituciones, da lugar, por esta vía, a la pretendida «nueva teoría de la pena» conocida como «prevención-integración», que poco tiene de nueva, porque no es más que un confuso resultado de neo-organicismo mezclado con el funcionalismo de Durkheim, el pensamiento sistémico de Parsons y algunas ideas hegelianas, aunque con mucho menor vuelo teórico que sus fijentes, con muchas más contradicciones y lagunas, es decir, con todas las características propias de un pensamiento cuyo bajo nivel de abstracción – frecuentemente oculto bajo un alto nivel de oscuridad expresiva – no hace más que poner de manifiesto su carácter decadente*”. ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Hacia un realismo jurídico penal marginal**. Caracas: Monte Avila Editores Latinoamericana, 1993. p. 78.

<sup>128</sup> CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 79.

<sup>129</sup> Ibid., p. 79.

<sup>130</sup> Ibid., p. 79.

<sup>131</sup> QUEIROZ, Paulo. **Curso de direito penal**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2012. v. 1. p. 399.

Montero, Concepción Arenal), o positivismo italiano (Lombroso, Ferri, Garrafalo), bem como a divulgada moderna escola alemã, capitaneada por Von Liszt, além de, mais modernamente, o movimento de Defesa Social de Filippo Gramatica, Marc Ancel e outros.

Para Borja Mapelli Caffarena:

*La meta resocializadora en el marco penitenciario ha jugado y está jugando un papel de superación de la crisis de la prisión. Gracias a su significado, la pena aparece no como un instrumento de definición de las personas, ni reproductor de la estructura hegemónica social, sino más bien como un ensayo de vida social. Se pretende hacer creer a la comunidad la bonanza de la prisión a través de sus funciones resocializadoras.<sup>132</sup>*

Sucedem que as críticas ao modelo ressocializante se reproduzem com inegável contundência.

A ressocialização como instrumento ideológico coloca-se em ordem a transformar a figura do delinquente em um ser enfermo em busca de tratamento, de modo que a pena se apresenta como um instrumento de ajuda<sup>133</sup>.

A ressocialização também é vista como elemento de definição de condutas humanas, onde os delinquentes necessitam ser ressocializadas, posto que se encontram em um estado de insuficiência social. Sob essa ótica, o fundamento de validade desse viés preventivo corresponde ao processo de legitimação como essência da pena de prisão, por meio do qual o sujeito se reconhece e se identifica como delinquente.

Observando os intentos preconizados pela função ressocializadora, todos sob o apanágio de tutelas coercitivas e interventoras, reforça-se categoricamente a inoperância do sistema de cumprimento da execução da pena.

Para Borja Caffarena<sup>134</sup>, essa falta de operabilidade se manifesta sob dois sentidos: a um, de que o objetivo ressocializante, cujo modelo de conduta é projetado sobre o indivíduo, é insuscetível de determinação em uma sociedade livre e pluralista, justo pela falta de homogeneidade dos valores expressados por essa sociedade; a dois, de que a influência

<sup>132</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja. Criminología crítica y ejecución penal. In: RAMIREZ, Juan Bústos (Org.). **Prevención y teoría de la pena**. Santiago do Chile: Editorial Jurídica Cono Sur Ltda., 1995. p. 181-185. p. 185.

<sup>133</sup> Borja Caffarena acrescenta que “[...] en estas condiciones las metas resocializadoras, lejos de constituir un instrumento favorecedor del cambio en las prisiones, se encuentran al servicio de las ideas más conservadoras, aquellas que legitiman la intervención punitiva y refuerzan y magnifican la capacidad de la pena privativa de libertad”. Ibid., p. 181.

<sup>134</sup> Ibid., p. 182.

pedagógica dirigida aos criminosos pretende consolidar um modelo determinado e hegemônico de organização social, no que conspurca os axiomas de uma sociedade democrática.

Daí porque a esfera de imposição e controle de conduta dirigida à ressocialização afigura-se impraticável, notadamente porque o cárcere se revela uma instituição incapaz de gerar perspectivas de boa conduta entre seus destinatários, precisamente pelo seu marcante efeito estigmatizador, promovendo a perda dos atributos da personalidade e habitualizando cerimônias de degradação que mascaram os fins disciplinares de exclusão do indivíduo do meio social<sup>135</sup>.

Para Günter Stratenwerth<sup>136</sup>, a necessidade de prevenção especial não se presta a fundamentar a instituição da pena pública. Tal percepção não significa que a prevenção especial não seja um objetivo do direito penal. É dizer, configurar e graduar a cominação penal – em consonância com os princípios de um Estado de Direito, de modo a prevenir a reincidência – constitui um imperativo da razão prática de solidariedade humana para com o autor do delito em se esforçar seriamente para lográ-lo. Entretanto, os conhecimentos atuais indicam que atacar a criminalidade por meio da prevenção especial não é uma resposta prioritária ante as necessidades do direito penal.

Em Salo de Carvalho<sup>137</sup> observa-se a crítica ao modelo de prevenção especial positiva, sobretudo no tocante à legitimação de *inúmeras práticas autoritárias no interior das instituições totais*. Para o autor, a criminologia crítica teve o mérito de aventar para absoluta incapacidade das agências punitivas em garantirem minimamente os direitos das pessoas reclusas, bem assim demonstrou que as práticas correcionalistas se revelaram inviáveis e inaptas para atingir os objetivos ressocializadores preconizados pelo *welfarismo* penal.

Demais disso, a prevenção especial positiva atua, na concepção de Salo de Carvalho, tanto pelo viés empírico, cuja intervenção reformadora se otimiza pela ação de três indicadores (a classificação dos delinquentes, a aferição da periculosidade e o grau de ressocialização), como pelo viés teórico-normativo, em que “[...] a pena, ao converter-se

<sup>135</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja. Criminología crítica y ejecución penal. In: RAMIREZ, Juan Bústos (Org.). **Prevención y teoría de la pena**. Santiago do Chile: Editorial Jurídica Cono Sur Ltda., 1995. p. 181-185. p. 183.

<sup>136</sup> STRATENWERTH, Günter. **Derecho penal**. Parte general. El hecho punible. 4. ed. Tradução de Manuel Cécilio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hamurabi, 2005. p. 40-41.

<sup>137</sup> CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 84.

gradualmente em uma forma peculiar de medida de segurança [...]”<sup>138</sup>, proporciona efeitos de ordem material e processual, verificados respectivamente na vocação ao direito penal do autor e no desenvolvimento de práticas inquisitivas que olvidam do controle jurisdicional na determinação e na execução das sanções penais.

Confrontando a prevenção especial positiva com o postulado da secularização, Luigi Ferrajoli sustenta que é defeso ao Estado intervir na interioridade do homem, de modo a moldar seu caráter, sua moralidade e as suas inclinações psicológicas, justo porque não é tarefa do direito penal “induzir o grau de culpabilidade das ações criminosas” muito menos projetar para dentro da sanção penal – calcada em um sistema constitucional de garantias – a ideologia da “[...] periculosidade, nem outras tipologias subjetivas ou de autor elaboradas pela criminologia antropológica e pela criminologia eticista, como capacidade criminal, reincidência, tendência a delinquir, imoralidade e semelhantes”<sup>139</sup>.

É com esse entendimento que Paulo Queiroz<sup>140</sup> afirma que a reintegração social do apenado, da forma como prevista na Lei de Execução Penal (art. 1º), na melhor das hipóteses, deve ser interpretada como um direito do condenado, mas nunca como finalidade a ser proporcionada pela violência da sanção penal, sob o risco de afrontar a dignidade da pessoa humana, fundamento da Constituição brasileira.

Se a clássica concepção de prevenção especial positiva dirige-se à reforma, correção ou ressocialização do indivíduo, o mesmo não se diz da prevenção especial negativa, para a qual “[...] a correção dos delinquentes seria uma utopia”<sup>141</sup>.

Em verdade, a prevenção especial negativa circunscreve-se em duas perspectivas funcionais: intimidação individual ou neutralização do delinquente. Enquanto na primeira a pena atua para amedrontar o infrator, de modo que não volte a repetir a prática criminal, a segunda propõe a prevenção de crimes para alcançar a defesa social por meio da segregação do apenado, neutralizando seu potencial de periculosidade<sup>142</sup>.

Em fundada crítica à ideologia de pena como instrumento de intimidação individual encontra-se a lição de Gustavo Octaviano Diniz Junqueira:

<sup>138</sup> CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 90.

<sup>139</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione: teoria del garantismo penale**. 5. ed. Roma: Laterza, 1998. p. 505.

<sup>140</sup> QUEIROZ, Paulo. **Curso de direito penal**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2012. v. 1. p. 400.

<sup>141</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge. **Direito penal**. Parte geral. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra, 2012. t. I. p. 54.

<sup>142</sup> *Ibid.*, p. 54.

Percebe-se que, com tal ideia – em sua pureza ou entendida como ideia predominante – é retirado todo o vínculo da pena com a gravidade social do fato ou com a prevalente ideia de culpabilidade que não se identifica com as características da personalidade do sujeito. Sequer satisfaz a ideia de prevenção, uma vez que a pena atua após a prática do crime, não buscando, ao menos como fim preponderante, evitar a prática do primetio delito por parte do cidadão. Sem limites preestabelecidos, facilita o arbítrio, rompendo de forma definitiva com a função do Direito Penal. Seria necessário averiguar o quantum necessário de cada um para que fosse desestimulado o prazer do crime, o que é empiricamente impossível, ou inseguro demais. Fácil perceber a íntima relação de tal teoria da pena com os imensos abusos legitimados pela ideia de que o sujeito precisa de uma intimidação (lição), ainda que desproporcional ao fato praticado. Também estimula o tratamento cruel na aplicação e cumprimento da pena, uma vez que busca aterrorizar o sujeito para que não mais corra o risco de ser punido.<sup>143</sup>

Gustavo Octaviano Diniz Junqueira, também sob a perspectiva neutralizadora da prevenção especial negativa, tece críticas no sentido de que é primitiva a concepção de defesa social, sobretudo por potencializar a desproporcionalidade entre o fato e a cominação da pena, bem assim porque não apresenta “[...] freios à necessidade de excluir definitivamente o agente da sociedade”<sup>144</sup>.

Bem por isso depreende-se que instrumentalizar a pena para fins de inocuizar o condenado revela toda sua tendência à desumanização, afastando-se dos postulados constitucionais de primazia do indivíduo<sup>145</sup>.

Ao tempo em que se identificam as grandes narrativas criminológicas, percebe-se que a falta de um objeto preciso de investigação propicia cortes epistêmicos no estudo da criminologia que, em certa medida, são postos em confronto com os fenômenos da vida.

Segundo Richard Ericson e Kevin Carrière<sup>146</sup>, essa fragmentação dos discursos criminológicos na atualidade reveste-se de uma espécie de *condição crônica*, derivada de um mecanismo mais abrangente que atinge a doutrina, as agências sociais e, de forma mais abrangente, a própria sociedade de risco.

É precisamente nos crimes de massa, contra a humanidade – que atentam contra os mais caros valores dos direitos humanos – que se espera um olhar mais atento da investigação científica. Bem por isso Iñaki Rivera Beiras<sup>147</sup> não vacila em afirmar que a disciplina criminológica, descurando-se de perseguir os genocidas e perpetradores de processos de

<sup>143</sup> JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Finalidades da pena**. Barueri/SP: Manole, 2004. p. 82.

<sup>144</sup> Ibid., p. 81.

<sup>145</sup> Ibid., p. 81.

<sup>146</sup> ERICSON, Richard e CARRIÈRE, Kevin. La fragmentación de la criminología. In: SOZZO, Maximo (Org.). **Reconstruyendo las criminologías críticas**. Benos Aires: Ad-Hoc, 2006. p. 157-190.

<sup>147</sup> RIVERA BEIRAS, Iñaki (Coord.). **Violencia (estructural), memoria (colectiva) y daño (social): ejes para una criminología crítica global**. Barcelona: Anthropos, 2014. p. 13.

vitimização massiva, orientou-se pelo estudo do ladrão comum, ao largo de uma realidade altamente nociva e instrumentalizadora de controle social, tudo sem o mesmo combate crítico.

Essa realidade que olvida perscrutar os crimes de gravidades, seus processos punitivos e mesmo as funções penalógicas a serem exercidas, tem sido denunciada como *apartheid* criminológico<sup>148</sup>.

Nas palavras de Iñaki Rivera Beiras:

*Desde hace algunos años, académicos de habla inglesa, particularmente norteamericanos y europeos (Cohen 1993, 1994, 1997; Morrison 2012; Ruggiero 2009; Friedrichs 2008), vienen denunciando el olvido y el abandono histórico de la Criminología con respecto al estudio de los crímenes internacionales, particularmente de los genocidios, de los crímenes de guerra y de lesa humanidad.*

*Por distintas razones, que hoy son objeto de un creciente debate disciplinar incluso entre los académicos iberoamericanos (Zaffaroni, 2011 y 2012) (Anitua, 2005; Aniyar de Castro, 2010; Rivera Beiras, 2005a; 2005b; 2008; 2009), el pensamiento criminológico parece haber pasado de largo e ignorado su función de disciplina explicativa del comportamiento delictivo y de las reacciones sociales (formales e informales) frente al mismo. Como es natural, resulta bastante extraño este apartheid criminológico, esta situación de olvido, descuido o negación de estos crímenes atroces, durante un largo periodo de tiempo, y que ello hubiera podido darse al interior de una de las disciplinas explicativas de la “cuestión criminal” a pesar de la imbricada naturaleza de esas atrocidades con el objeto de estudio de este ámbito disciplinar.<sup>149</sup>*

Conforme sintetiza Wayne Morrison, muitas dessas atrocidades sucedidas ao longo do século XX foram praticamente olvidadas pelas ciências criminais. É dizer, em um século de derramamento de sangue do extermínio humano, as correntes criminológicas dominantes pareciam habitar em outro mundo. “[...] *La Criminología, la disciplina dedicada al estudio del delito, no pudo encontrar espacio en sus textos para estos eventos*”<sup>150</sup>.

Comprometido com esse pensamento, Eugenio Raul Zaffaroni<sup>151</sup> anota que Wayne Morrison se cerca do problema sem antes reconhecer que a dificuldade encontrada pela criminologia para ganhar visibilidade e abarcar os crimes de massa cometidos pelos Estados passa por uma inegável questão de poder. Dizendo de forma clara: tais crimes não são

<sup>148</sup> RIVERA BEIRAS, Iñaki (Coord.). **Violencia (estructural), memoria (colectiva) y daño (social)**: ejes para una criminología crítica global. Barcelona: Anthropos, 2014. p. 14.

<sup>149</sup> Ibid., p. 14.

<sup>150</sup> MORRISON, Wayne. **Criminología, civilización y nuevo orden mundial**. Versión original en inglés – Criminology, Civilization and the New World Order. Londres: Routledge, tradução de A. Piombo. Barcelona: Anthropos, 2012.

<sup>151</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. “Introducción” a criminología, civilización y nuevo orden mundial de Wayne Morrison. **Revista Crítica Penal y Poder**, Barcelona, n. 2, Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos, Universidad de Barcelona, p. 1-17, 2012. p. 9.

considerados por quem os comete desde a compreensão de delimitação do poder mundial. Daí porque Wayne Morrison vergasta que o genocídio não pode entrar na ordem do dia da criminologia, justo porque está sendo cometido pelos poderes hoje dominantes, impedindo uma justiça global e, por conseqüência, uma criminologia global.

Bem por essa razão que Eugenio Raul Zaffaroni<sup>152</sup> sustenta que uma criminologia global deve anteceder o pensar da criminologia crítica, de modo a impulsionar a transformação do poder por meio de uma justiça global. Nada obstante, uma criminologia global não significa barrar todo o conteúdo científico desenvolvido pela criminologia crítica, de cunho negacionista, obstaculizada sua visão por efeito de respostas às urgências internas aos desafios da cruel e violenta realidade da criminologia do cotidiano.

Eugenio Raúl Zaffaroni assim conclui seu raciocínio:

*Esa criminología global es inconcebible sin abarcar los crímenes de Estado, y la criminología actual (o no global) que los omite se coloca en una situación insostenible, pero abarcarlos significa hacerse cargo de las técnicas de neutralización que operan en sus agentes y esto, a su vez, demanda el abandono definitivo de toda pretendida asepsia ideológica para pasar a ejercer una función de clara crítica ideológica (y de constante autocrítica), para la cual no suele estar entrenado el criminólogo formado en la perspectiva tradicional, pero quizá el tremendo contraste entre la realidad periférica y la teoría nos haya entrenado mejor a los marginales que, por otra parte, estamos habituados a la subestimación de nuestros discursos.*<sup>153</sup>

Ainda a esse respeito, Vera Malaguti afirma que Eugenio Raul Zaffaroni promove uma reconstrução do realismo marginal através da projeção de valores de Wayne Morrison, culminando na percepção da criminologia “[...] como um discurso extremamente parcial, construído em torno de um mundo de fatos politicamente delimitados”<sup>154</sup>.

Para além dessas concepções pós-modernas de enfrentamento à criminalidade, destaca Salo de Carvalho<sup>155</sup> que as ciências criminais hodiernas promovem hercúleo trabalho para oferecer novos discursos de justificação. Ocorre, entretanto, que tais renovações ou

<sup>152</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “Introducción” a criminología, civilización y nuevo orden mundial de Wayne Morrison. **Revista Crítica Penal y Poder**, Barcelona, n. 2, Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos, Universidad de Barcelona, p. 1-17, 2012. p. 12.

<sup>153</sup> Ibid., p. 16.

<sup>154</sup> BATISTA, Vera Malaguti. O realismo marginal: criminologia, sociologia e história na periferia do capitalismo. In: MELLO, Marcelo Pereira de (Org.). **Sociologia e direito: explorando as interseções**. Niterói: PPGSD, 2007. p. 102-118.

<sup>155</sup> CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 96-97.



readequações revitalizam antigas ideologias penais, tal qual a tendência aos modelos neorretribucionistas (teoria do merecimento – Tonry, Hirsch e Ashworth), aos paradigmas neoutilitários da teoria garantista (Ferrajoli), os modelos de prevenção especial neocorreccionalistas (David Garland), assim como as propostas neutralizadoras e intimidatórias provenientes das teorias funcionalista-sistêmicas (Günter Jakobs) e atuarias e gerencialistas (Wilson e Keeling).

Na mesma medida, reatualizam-se as críticas a esse saber criminológico. É dizer, o discurso crítico opera concatenando o pensamento pós-moderno e as tendências criminológicas contemporâneas com a velha criminologia crítica. Mais do que isso, é inegável a similaridade entre as premissas críticas que desconstroem as teorias que dão legitimidade à pena<sup>156</sup>.

Nesse campo de ideias, Salo de Carvalho<sup>157</sup> atenta que, enquanto as vertentes mais tradicionais da criminologia crítica estabelecem o debate das ciências criminais em torno de temas como crime, criminalização, reação social, instituições de controle, poder político e econômico, os movimentos pós-críticos envidam esforços em novas perspectivas investigativas, seja por meio da forma (linguagem criminológica) quanto dos temas abordados.

Sendo ainda mais claro:

O termo criminologia pós-crítica é utilizado para designar todas as correntes de pensamento derivadas do paradigma do etiquetamento e da criminologia crítica, que mantém consistente crítica às inúmeras manifestações da criminologia ortodoxa e ao punitivismo. Em perspectiva primeira, historicamente mais próxima ao momento de consolidação da criminologia crítica, podem ser citadas as correntes do abolicionismo, a criminologia feminista, o realismo de esquerda, o realismo marginal, o minimalismo e, inclusive, o garantismo penal. No segundo momento, destacam-se tendências contemporâneas que resgatam o paradigma da rotulação, como a criminologia cultural, a criminologia da não violência (peacemaking criminology), a criminologia pós-moderna, a criminologia encarcerada (convict criminology).<sup>158</sup>

<sup>156</sup> “A diferença básica entre os modelos de geração pós-crítica é que, enquanto as tendências de primeira geração mantêm perspectiva macrocriminológica – crítica estrutural à seletividade dos processos de criminalização e à marginalização promovida pelo sistema penal –, as perspectivas de segunda geração, sem abandonar os temas clássicos, retomam o olhar etnográfico (microcriminologia) para abordar os problemas das violências do cotidiano, produzidas inclusive nas relações interpessoais, e das práticas individuais e coletivas de resistência ao punitivismo.” CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 134.

<sup>157</sup> Ibid., p. 134.

<sup>158</sup> Trata-se de utilização parcial evampada por Salo de Carvalho à classificação proposta por DeKeseredy sobre as escolas criminológicas críticas contemporâneas. DEKESEREDY, Walter S. **Contemporary critical criminology**. New York: Routledge, 2011. p. 25-28.

Completando o ensinamento acerca do novo pensamento criminológico, Elena Larrauri<sup>159</sup> constata, desde esse local, que, apesar de todo ataque ao qual foi objeto o positivismo criminológico, bem como o entusiasmo com que exsurgiu o paradigma da reação social em detrimento do velho olhar etiológico, o que aparece implícito é uma espécie de determinismo social, cuja estrutura social desigual é, em última análise, a causa da delinquência.

Postos em exame os principais discursos criminológicos, parte-se, no tópico seguinte, para seu cotejo prático no campo da política criminal.

### 1.3 CONTROLE SOCIAL E MATRIZ PUNITIVA: REALIDADE LATINO-AMERICANA DA PRISÃO COMO INSTRUMENTO CENTRAL DE POLÍTICA CRIMINAL

Tratar em números a pena de prisão compreende duas premissas: a uma, de que o vaticínio ressocializante das normas de regência é vilipendiado; a duas, de que, como é cediço, a pena privativa de liberdade norteia todo o sistema punitivo. Em números atualizados do relatório de 2017 do levantamento anual de informações penitenciárias (INFOPEN) do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), órgão vinculado ao Ministério da Justiça, extrai-se que o Brasil tem a quarta maior população carcerária do mundo, com 726.712 (setecentos e vinte e sei mil, setecentos e doze) presidiários, segundo dados coligidos até junho de 2016<sup>160</sup>.

Sucedo que os índices de crescimento da população carcerária não indicaram nenhum retrocesso, senão aumento gradual e permanente. Quais as razões dessa desenganaada ineficiência das políticas criminais que visam combater o superencarceramento?

Mais do que apontar as pautas justificantes do processo punitivo – marcadamente atuantes nos países ocidentais – reveste-se de significância observar as consequências de colocá-las em uso: o caldo cultural das diversas matrizes criminológicas não apenas revela o descompasso e fragmentação das ciências penais, seja pela vetusta aplicação da dogmática penal (culpabilidade como fundamento da pena) desgarrada de um compromisso

<sup>159</sup> LARRAURI, Elena. **La herancia de la criminología crítica**. 2. ed. Madrid: Siglo XXI, 1992. p. 200.

<sup>160</sup> BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN. **Levantamento anual de informações penitenciárias – INFOPEN**. 2017. Publicado em 08 de dezembro de 2017. Disponível em: <www.portal.mj.gov./data>. Acesso em: 20 de março de 2017.

constitucional, seja pela confusão dos marcos referenciais de suas teorias (delito e pena)<sup>161</sup>, como também tomam de assalto as incongruências legislativas e judiciária no campo da política criminal. E é sobre esses últimos enfoques que se deterá neste tópico.

Duas grandes reformas legislativas no campo da política criminal foram postas em curso no início da década de oitenta e permanecem em vigência, porque recepcionadas pela CF/88. A primeira é a Lei nº 7.209/84, que reforma substancialmente a parte geral do Código Penal de 1940; a segunda reforma consistiu na primeira lei formal de execução penal brasileira, Lei nº 7.210/84, a LEP.

Desde a exposição de motivos dos referidos diplomas normativos, depreende-se que os ensaios do positivismo criminológico do século XIX ganharam ainda mais força como opção do legislador brasileiro no século XX, a despeito de colidirem frontalmente com os movimentos criminais de expansão e enrijecimento da tutela penal em território pátrio que iriam se consolidar até o final desse século<sup>162</sup>. Tanto é assim que novos institutos desprisonalizantes ingressaram no ordenamento jurídico, tais quais as penas restritivas de direitos, a suspensão condicional da pena, o livramento condicional, a reabilitação e a progressão de regime, de modo a compatibilizar o direito penal e a execução da pena aos ideais positivistas provenientes dos países centrais.

Lado outro, a Lei nº 8.072/90, regulamentando o art. 5º, inciso XLIII da CF, elenca os crimes hediondos e afins, dando-lhes tratamento diferenciado. Com efeito, de imediato se instalou a polêmica encartada no art. 2º, §1º, da legislação repressora, no que asseverava que a pena prevista para esses crimes deveria ser cumprida integralmente em regime fechado. Compreender o alcance do indigitado dispositivo permite dimensionar – na linha do que aventados nesta pesquisa – a coerência e o sentido haurido do texto constitucional acerca da finalidade da pena. Nesse sentido, predominou longo entendimento (por mais de uma década), pela constitucionalidade da previsão em comento, de modo que o cumprimento da pena de prisão integralmente em regime fechado se revelava compatível com uma política criminal de individualização retributiva da pena. Vale dizer, a pena reveste-se de um mal em si mesma, carregada exclusivamente da carga de castigo.

Nada obstante, em 23/02/2006, o plenário da Suprema Corte brasileira, terminando o julgamento do HC 82959-7, deu nova inteligência ao art. 5º, inciso XLVI, de modo que

---

<sup>161</sup> Apreciar-se-á a temática no item 2.1.

<sup>162</sup> As exposições de motivos das leis 7209/84 e 7210/84 serão mais detidamente analisadas quando da apresentação do item 3.3.4.1.

julgou incidentalmente inconstitucional a proibição da progressão de regime aos crimes hediondos<sup>163</sup>.

Nas últimas décadas, além da Lei dos Juizados Especiais, Lei nº 9.099/95, – cujas penas de menor ofensividade teriam tratamento penal desprisionalizante, por intermédio de penas restritivas de direitos e de seus institutos despenalizantes, como a transação penal e a suspensão condicional do processo –, outras medidas penais de natureza desprisionalizantes também foram sancionadas.

Por meio da Lei nº 9.714/98, reformularam-se as penas restritivas de direitos, em que pese permaneçam como institutos substitutivos das penas privativas de liberdade. Vale dizer, a condenação penal mantém-se intimamente ligada à pena privativa de liberdade, devendo o magistrado, na fase de individualização da pena, primeiramente aplicar a pena de reclusão ou detenção cominada no tipo legal, eleger, posteriormente, o regime inicial de cumprimento (fechado, semiaberto e aberto), para, somente após, substituí-la por penas alternativas diversas da pena de prisão<sup>164</sup>.

Sem embargo, a Constituição Federal, no tocante à individualização da pena, não trata as penas restritivas de direitos nem as prestações sociais alternativas como substitutos penais vinculados às penas privativas de liberdade. Em verdade, são penas diversas elencadas no rol do art. 5º, inciso LXVI. Com efeito, nada impede que uma política criminal redutora do processo de massificação carcerária seja posta em prática com verdadeira autonomia de sanções desvinculadas da ideia de substitutos prisionais.

Em 2003, no arroubo do surgimento de grandes facções criminosas dentro do sistema prisional brasileiro, veio à baila a Lei nº 10.792/03, que, ao tempo em que retirou de cena os

---

<sup>163</sup> Segue ementa: HABEAS CORPUS 82.959-7 SÃO PAULO. Relator para o Acórdão, Ministro Marco Aurélio de Mello: “PENA – REGIME DE CUMPRIMENTO – PROGRESSÃO – RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA – CRIMES HEDIONDOS – REGIME DE CUMPRIMENTO – PROGRESSÃO – ÓBICE – ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 – INCONSTITUCIONALIDADE – EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena – artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal – a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HABEAS CORPUS 82.959-7**, São Paulo. Relator para o Acórdão, Ministro Marco Aurélio de Mello. 23.02.2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/noticias/imprensa/VotoGilmarHC82959.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

<sup>164</sup> Para o tema, ver: CARVALHO, Salo de. Substitutivos penais na era do grande encarceramento. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). **Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. p. 146-172.

laudos criminológicos como requisito indispensável ao sistema progressivo<sup>165</sup>, introduziu instrumento de política criminal neutralizadora: o regime disciplinar diferenciado (RDD)<sup>166</sup>. Nesse mesmo diploma legal, entretanto, o legislador, em direção diametralmente oposta, reconheceu o interrogatório judicial com um ato prioritariamente de defesa, exigindo a presença impreterível da defesa técnica. Demais disso, a Lei nº 11.719/08 alterou a ordem dos atos de instrução processual e, reforçando a prevalência do interrogatório como um exercício de defesa, posicionou-o como ato a ser realizado após a oitiva das testemunhas (acusação e defesa)<sup>167</sup>.

Em 2006, com o advento da Lei nº 11.343, nova Lei Antidrogas, o diploma normativo deu amostra clara do incauto movimento político-criminal de combate ao tráfico de entorpecentes: ao tempo em que desprisionaliza<sup>168</sup> o tipo penal de posse para uso de entorpecentes<sup>169</sup>, veda, em seu art. 44, a substituição dos crimes de tráfico por penas restritivas de direito, além de determinar o cumprimento inicial da pena em regime fechado.

Sucedo que o Plenário do STF, no julgamento do HC 97.256, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da proibição de substituição da pena privativa de

<sup>165</sup> Entretanto, em atenção ao princípio da individualização da pena editou-se a SV 26, no que preceitua: “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 n. 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. **Súmula 1271**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1271>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

<sup>166</sup> Importante destacar que se encontra pendente de julgamento da ADIN 4162 proposta pela OAB. Para o estudo do RDD, ver art. 52 da Lei nº 7.210/84 e o Decreto nº 6049/07, que regulamenta o Sistema Penitenciário Federal (arts. 54 a 58). BRASIL. **Lei nº 10.792**, de 1º de dezembro de 2003. Altera a Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984 – Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/L10.792.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.792.htm)>. Acesso em: 15 mar. 2017.

<sup>167</sup> Bem por isso adverte Aury Lopes Jr. Destaca que “[...] o interrogatório finalmente foi colocado no seu devido lugar: último ato da instrução. É nesse momento que o réu poderá exercer sua autodefesa positiva e negativa (direito de silêncio), sendo obrigatória a presença do defensor”. LOPES JR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 933.

<sup>168</sup> Neste particular, entende-se assistir razão à posição de Guilherme de Souza Nucci quando assinala que a edição da lei 11343/06 não “descriminalizou” nem “despenalizou” o art.28 da lei de drogas, tendo, em verdade, promovido sua “desprisionalização”. Para o tema ver: NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 298-302.

<sup>169</sup> Digno de registro é que a questão da descriminalização do uso de entorpecentes assomou à Suprema Corte por meio do Recurso Extraordinário 635.659, que teve repercussão geral reconhecida. O julgamento teve início no dia 22.08.2015 e, até o momento, foram proferidos três votos, todos pela inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas (Lei 11.343/2006), que criminaliza o porte de drogas para consumo pessoal. O julgamento encontra-se suspenso por pedido de vista do ministro Teori Zavascki (morto em janeiro deste ano). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 635.659**. Julgamento suspenso em 10/09/2015 com pedido de vistas do Min. Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroProcesso=635659&classeProcesso=RE&numeroTema=506>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

liberdade pela pena restritiva de direitos prevista nos arts. 33, §4º, e 44, *caput*, da Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas)<sup>170</sup>. A execução da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos” do §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 foi suspensa pela Resolução 5/2012 do Senado Federal, nos termos do art. 52, X, da Constituição<sup>171</sup>.

Em 2011, a Lei nº 12.433 altera a LEP, trazendo importante mudança no instituto da remição – instrumento marcadamente voltado à reintegração social – a fim de dar efetividade à individualização da pena por intermédio de seu sistema progressivo. Dentre as significantes mudanças, destaca-se que a perda dos dias remidos em caso de falta grave não acarreta mais a perda total dos dias remidos<sup>172</sup>.

<sup>170</sup> “O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individuados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. Logo, a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinquente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional; ditada pelo permanente esforço do julgador para conciliar segurança jurídica e justiça material. No momento sentencial da dosimetria da pena, o juiz sentenciante se movimenta com ineliminável discricionariedade entre aplicar a pena de privação ou de restrição da liberdade do condenado e uma outra que já não tenha por objeto esse bem jurídico maior da liberdade física do sentenciado. Pelo que é vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com certa discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória. As penas restritivas de direitos são, em essência, uma alternativa aos efeitos certamente traumáticos, estigmatizantes e onerosos do cárcere. Não é à toa que todas elas são comumente chamadas de penas alternativas, pois essa é mesmo a sua natureza: constituir-se num substitutivo ao encarceramento e suas sequelas. E o fato é que a pena privativa de liberdade corporal não é a única a cumprir a função retributivo-ressocializadora ou restritivo-preventiva da sanção penal. As demais penas também são vocacionadas para esse geminado papel da retribuição-prevenção-ressocialização, e ninguém melhor do que o juiz natural da causa para saber, no caso concreto, qual o tipo alternativo de reprimenda é suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado, prevenindo comportamentos do gênero. [...] Ordem parcialmente concedida tão somente para remover o óbice da parte final do art. 44 da Lei 11.343/2006, assim como da expressão análoga ‘vedada a conversão em penas restritivas de direitos’, constante do § 4º do art. 33 do mesmo diploma legal. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da proibição de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos; determinando-se ao juízo da execução penal que faça a avaliação das condições objetivas e subjetivas da convalidação em causa, na concreta situação do paciente. [HC 97.256, rel. min. Ayres Britto, j. 1º-9-2010, P, DJE de 16-12-2010]. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 104.339**. Voto do rel. min. Gilmar Mendes, j. 10-5-2012, P, DJE de 6-12-2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3164259>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

<sup>171</sup> Resolução Nº 5, de 2012 – “Suspende, nos termos do art. 52, inciso X, da Constituição Federal, a execução de parte do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. O Senado Federal resolve: Art. 1º É suspensa a execução da expressão ‘vedada a conversão em penas restritivas de direitos’ do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus nº 97.256/RS. Art. 2º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação. Senado Federal, em 15 de fevereiro de 2012.” Id. Senado Federal. **Resolução nº 5**, de 2012 – Suspende, nos termos do art. 52, inciso X, da Constituição Federal, a execução de parte do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/legislacao>>. Acesso em: 19 ago. 2017.

<sup>172</sup> Superando longa controvérsia sobre a constitucionalidade da perda dos dias remidos em razão de falta grave, o STF editou a Súmula Vinculante Nº 9, de 18/06/2008, assim transcrita: “O disposto no art.127 foi recebido pela ordem constitucional vigente e não se lhe aplica ao limite temporal previsto no caput do art.58”. Registra-se, entretanto, que a Lei 12.433/11, ao dispor sobre a remição de parte do tempo de execução da pena por estudo ou por trabalho, traz a baila a previsão da revogação parcial dos dias remidos em razão de

Também em 2011, a Lei nº 12.403 promove nova reforma no Código de Processo Penal, instituindo medidas cautelares diversas à prisão, bem como altera a prisão processual, fiança, liberdade provisória, todos institutos com caráter nitidamente desprisionalizantes.

Como ensina Pierpaolo Cruz Bottini<sup>173</sup>, a Lei nº 12.403/11 propôs-se a superar a medíocre dicotomia – prisão ou nada –, de maneira a proteger de forma mais consistente o processo penal, o acusado e a sociedade.

Nada obstante, o Supremo Tribunal Federal, acatando pedido de prisão preventiva promovida pelo Ministério Público Federal, promoveu leitura diversa à da principiologia desprisionalizante que informara o novel diploma.

Em sessão extraordinária realizada na manhã do dia 25/11/15, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (STF), na Ação Cautelar (AC) 4039, referendou a decisão do relator e acatou o pedido cautelar de prisão do Senador da República, Delcídio Amaral, que, segundo a acusação, encontrava-se em estado de flagrância por crime permanente (integrar organização criminosa e embarçar investigação envolvendo organização criminosa – art. 2º da Lei nº 12.850/13). O Ministro Teori Zavasky, partindo de uma análise legal, e não constitucional, construiu decisão que privilegia a prisão, mesmo que de crime afiançável, com esteio no inciso IV do art. 324 do CPP, justo com redação dada pela Lei nº 12.403/11<sup>174</sup>.

---

falta grave, não mais acarretando em sua perda total (art. 127). BRASIL. **Lei nº 12.433**, de 29 de junho de 2011. Altera a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), para dispor sobre a remição de parte do tempo de execução da pena por estudo ou por trabalho. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112433.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112433.htm)>. Acesso em: 15 mar. 2017.

<sup>173</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Medidas cautelares penais (Lei 12.403/11)**: novas regras para a prisão preventiva e outras polêmicas. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br>>. Acesso em: 24 maio 2017.

<sup>174</sup> “A Turma asseverou que a conduta por parte do filho do candidato à delação premiada no sentido de gravar reuniões com o senador e demais participantes não revelaria violação à normativa constitucional. Portanto, não macularia os elementos de provas colhidos até agora. As provas concretas e específicas presentes nos autos teriam demonstrado as tratativas das partes para que a lei penal não fosse aplicada. A representação apresentada teria a participação de senador que estaria atentando, em tese, com suas supostas condutas criminosas, diretamente contra a própria jurisdição do Supremo Tribunal Federal. No âmbito das prisões cautelares para os representantes do Senado, somente se admitiria a modalidade de prisão em flagrante decorrente de crime inafiançável em tese. Dos delitos apontados como praticados pelo senador consta, dentre eles, o de organização criminosa – crime permanente –, a contemplar não só a possibilidade de flagrante a qualquer tempo como até mesmo a chamada ‘ação controlada’, nos termos da Lei 12.850/2013 (‘Art. 8º. Consiste a ação controlada em retardar a intervenção policial ou administrativa relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações’). A hipótese presente é de inafiançabilidade, nos termos do CPP [‘Art. 324. Não será, igualmente, concedida fiança: ... IV - quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312)’]. Segundo a Turma, a decisão ora referendada teria como um de seus principais fundamentos a garantia da instrução criminal, das investigações, aliado à higidez de eventuais ações penais vindouras, tendo em vista a concreta ocorrência e a possibilidade de interferência no depoimento de testemunhas e na produção de provas, circunstâncias que autorizariam a decretação da custódia cautelar, nos termos da jurisprudência da Corte. Assim, a necessidade de resguardar a ordem pública, seja pelos constantes atos praticados pelo grupo

Trata-se de uma bem engendrada interpretação jurídica que – relativizando o §2º do art. 53 da CF/88, a qual, insofismavelmente, adverte que desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável – excepciona o veto constitucional ante a presença de motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva, pois, segundo a nova redação legal, é incompatível com a concessão de fiança, no que tornaria os crimes imputados inafiançáveis.

Sucede que eventual exceção que impossibilite a fiança de crimes afiançáveis por incidência dos requisitos da prisão preventiva, para não ferir dispositivo específico que trata de imunidade penal parlamentar, deveria – por interpretação restritiva em matéria penal e da própria literalidade e taxatividade do texto constitucional, ter sido por ele, texto constitucional, excepcionado.

Não se trata de obtemperar com a impunidade, mas garantir a proteção intransigente de garantias de ordem constitucional que somente por ela poderiam ser excepcionadas. Os crimes que inviabilizam a fiança, por opção constitucional, foram taxativamente insertos na Carta de 1988, no que promover contorcionismo hermenêutico fere fundados princípios de garantias penais e processuais<sup>175</sup>.

Dessa forma, flexibilizou-se a Constituição para, na prisão, responder aos clamores de rumoroso caso investigativo<sup>176</sup>, transfigurando a função das prisões cautelares em verdadeiros instrumentos a serviço da “lógica do sofrimento”<sup>177</sup> e da barganha processual.

---

(cooptação de colaborador, tentativa de obtenção de decisões judiciais favoráveis, obtenção de documentos judiciais sigilosos), pela fundada suspeita de reiteração delitiva, pela atualidade dos delitos (reuniões ocorridas no corrente mês), ou ainda pela gravidade em concreto dos crimes, que atentariam diretamente contra os poderes constitucionalmente estabelecidos da República, não haveria outra medida cautelar suficiente para inibir a continuidade das práticas criminosas, que não a prisão preventiva. (Informativo 809 do STF -AC 4036 Referendo-MC/DF, rel. Min. Teori Zavascki, 25.11.2015. (AC-4036) AC 4039 Referendo-MC/DF, rel. Min. Teori Zavascki, 25.11.2015. AC-4039)”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo 809 do STF-AC 4036**. Referendo-MC/DF, rel. Min. Teori Zavascki, 25.11.2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo809.htm>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

<sup>175</sup> Art. 5º da CF/88 traz as seguintes garantias no trato do instituto da fiança: “[...] XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; XLIII – a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem; (Regulamento) XLIV – constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.” Id. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 15 mar. 2017.

<sup>176</sup> Flexibilizar a legalidade estrita em matéria penal, na lição de Amilton de Carvalho, só é possível para a proteção de direitos e garantias fundamentais, no que indica uma direção libertária; em sentido diverso, uma interpretação que vise flexibilizar tal princípio em direção punitiva, deve ser glosado de forma restritiva. CARVALHO, Amilton Bueno. Lei para que(m)? In: TUBENCHALK, James (Coord.). **Doutrina**. Rio de Janeiro: Instituto de Direito, 2001. v. 11. p. 142-146.



Em 09/09/2015, ao apreciar medida cautelar na ADPF 347, o STF reconheceu o estado de coisas inconstitucionais no sistema penitenciário brasileiro, cuja ementa assim restou assentada:

SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”<sup>178</sup>.

Embora não se saturem todas as inconstitucionalidades latentes que caracterizam o sistema carcerário nacional, a referida ADPF em seus pedidos<sup>179</sup> bem descreve um conjunto calamitoso, vergonhoso e degradante de práticas a serem corrigidas.

Inegavelmente se constata um estado de coisas inconstitucional quando presente um quadro sistemático e generalizado de violações de direitos fundamentais, causado pela persistente incapacidade dos agentes políticos e autoridades públicas em modificar o cenário estrutural, de maneira que somente com transformações estruturais da atuação do poder institucionalizado, em conjunto com uma pluralidade de autoridades, possibilita mudar tais práticas inconstitucionais<sup>180</sup>.

Veja-se que, ao contextualizar os pedidos encartados na ADPF supramencionada com a temática objeto desta investigação, pode-se perceber, a toda evidência, que as causas e consequências desse famigerado estado de coisas são de todos conhecidas, porém, a instrumentalização dessas medidas, pautadas na dignidade da pessoa humana, não prescindem de uma função constitucional a ser exercida pela pena de prisão: as medidas em tela visam

---

<sup>177</sup> Em atenta percepção do tema, Aury Lopes Jr. lembra que “[...] a prisão preventiva e todas as demais cautelares, inserem-se, perfeitamente, na lógica do sofrimento, bem tratada por SCHIETTI, segundo a qual a prisão cautelar é a possibilidade de impor imediatamente um mal, uma punição, exercer a violência contra quem praticou o delito, ou seja, a reação violenta àquele que cometeu uma violência. É nessa linha, importante que a pessoa sofra na própria carne pelo mal que fez.” CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Prisão cautelar** – dramas, princípios e alternativas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 8 et seq.

<sup>178</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 347 MC**, rel. min. Marco Aurélio, j. 1º-12-2015, P, DJE de 19-2-2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

<sup>179</sup> Recomenda-se a leitura dos pedidos encartados pela OAB na peça inaugural da referida ADPF. Ibid.

<sup>180</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 38.

reduzir danos que, postas em prática, cumprirão funções preventivas de combate à criminalidade.

Ainda, por intermédio da Resolução nº 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ e da decisão em medida cautelar na ADPF 347<sup>181</sup>, amparado na integração das normas convencionais, institui-se – com atraso de mais de vinte anos após promulgado o Pacto de São José da Costa Rica (CIDH)<sup>182</sup> – a audiência de custódia (audiência de apresentação do acusado/flagrado) como vetor de controle da higidez do processo prisional.

Sucedede que, embora a inserção desse dispositivo esteja impregnada de justos fundamentos<sup>183</sup>, na prática, a medida judicial (pois incrementada por órgão do Poder Judiciário) encontra enorme resistência para viabilizar o discurso de mudança da cultura do superencarceramento, justo porque o instrumento em questão foi idealizado, muito mais do que com o compromisso de evitar a abusividade da prisão ilegal, senão com propósitos de realizar uma política criminal de “desafogo” ao calamitoso e custoso sistema carcerário pátrio. Corresponde a dizer que tal instrumento exsurge como tentativa – nada vocacionada – de política criminal preventiva de crimes, descurada das funcionalidades inerentes à pena de prisão, deflagrando um processo inconsistente que em nada combate os vultosos índices nacionais de reincidência.

Destaca-se, dos fundamentos consorciados para a institucionalização da audiência de custódia, a referência (e não deferência) ao princípio da individualização da pena, tratado como vetor de controle e excepcionalidade da pena de prisão: “CONSIDERANDO que a prisão, conforme previsão constitucional (art. 5º, incisos LXV e LXVI, CF), é medida

---

<sup>181</sup> “Estão obrigados juízes e tribunais, observados os arts. 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 347 MC**, rel. min. Marco Aurélio, j. 1º-12-2015, P, DJE de 19-2-2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

<sup>182</sup> Trata-se do Decreto 678, de 6 de novembro de 1992. Id. **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. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm)>. Acesso em: 19 ago. 2017.

<sup>183</sup> Importante a leitura dos considerandos que embasam a instituição da audiência de custódia. Resolução 213, de 15 de dezembro de 2015. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Id. **Resolução 213**, de 15 de dezembro de 2015. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/files/atos\\_administrativos/resolucao-n213-15-12-2015-presidencia.pdf](http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/resolucao-n213-15-12-2015-presidencia.pdf)>. Acesso em: 19 ago. 2017.

extrema que se aplica somente nos casos expressos em lei e quando a hipótese não comportar nenhuma das medidas cautelares alternativas; [...]”<sup>184</sup>.

Lado outro, o STF<sup>185</sup>, em recente decisão de 17/02/2016, por 7 votos a 4, entendeu pelo cumprimento antecipado da pena após a condenação em segundo grau de jurisdição, ainda que reste recurso ou medidas impugnativas obstativas do trânsito em julgado nas instâncias superiores.

Relevante, nesse contexto, apontar as principais linhas argumentativas dos votos que lograram êxito na virada jurisprudencial da Suprema Corte, porquanto dizem muito acerca da opção judicial dada à função da pena de prisão, tendo na culpabilidade provisória seu vértice condutor para a quebra da presunção de inocência<sup>186</sup>.

<sup>184</sup> BRASIL. **Resolução 213**, de 15 de dezembro de 2015. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/files/atos\\_administrativos/resolucao-n213-15-12-2015-presidencia.pdf](http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/resolucao-n213-15-12-2015-presidencia.pdf)>. Acesso em: 19 ago. 2017.

<sup>185</sup> Id. Supremo Tribunal Federal. **HC 126.292**, voto do rel. min. Teori Zavascki, j. 17-2-2016, P, DJE de 17-5-2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

<sup>186</sup> Colhe-se trecho do voto do relator para o acórdão, Min. Teori Zavascki: “[...] antes de prolatada a sentença penal há de se manter reservas de dúvida acerca do comportamento contrário à ordem jurídica, o que leva a atribuir ao acusado, para todos os efeitos – mas, sobretudo, no que se refere ao ônus da prova da incriminação –, a presunção de inocência. A eventual condenação representa, por certo, um juízo de culpabilidade, que deve decorrer da logicidade extraída dos elementos de prova produzidos em regime de contraditório no curso da ação penal. Para o sentenciante de primeiro grau, fica superada a presunção de inocência por um juízo de culpa – pressuposto inafastável para condenação –, embora não definitivo, já que sujeito, se houver recurso, à revisão por tribunal de hierarquia imediatamente superior. É nesse juízo de apelação que, de ordinário, fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado. É ali que se concretiza, em seu sentido genuíno, o duplo grau de jurisdição, destinado ao reexame de decisão judicial em sua inteireza, mediante ampla devolutividade da matéria deduzida na ação penal, tenha ela sido apreciada ou não pelo juízo a quo. Ao réu fica assegurado o direito de acesso, em liberdade, a esse juízo de segundo grau, respeitadas as prisões cautelares porventura decretadas. Ressalvada a estreita via da revisão criminal, é, portanto, no âmbito das instâncias ordinárias, que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado. É dizer: os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fático-probatória. Noutras palavras, com o julgamento implementado pelo tribunal de apelação, ocorre espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa. Os recursos ainda cabíveis para instâncias extraordinárias do STJ e do STF – recurso especial e extraordinário – têm, como se sabe, âmbito de cognição estrito à matéria de direito. Nessas circunstâncias, tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado. Faz sentido, portanto, negar efeito suspensivo aos recursos extraordinários, como o fazem o art. 637 do Código de Processo Penal e o art. 27, § 2º, da Lei 8.038/1990. [...] Realmente, a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não culpabilidade, na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual. Não é incompatível com a garantia constitucional autorizar, a partir daí, ainda que cabíveis ou pendentes de julgamento de recursos extraordinários, a produção dos efeitos próprios da responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias. [...] cumpre ao Poder Judiciário e, sobretudo, ao Supremo Tribunal Federal, garantir que o processo – único meio de efetivação do jus puniendi estatal – resgate essa sua

O Ministro Luis Roberto Barroso alicerça sua concepção teleológica do cumprimento da pena com fundamento na prevenção geral negativa:

Porém, nenhum país exige mais que do que dois graus de jurisdição para que se dê efetividade a uma decisão criminal. Até porque a conclusão de um processo criminal, muitos anos, mas muitos anos depois do fato, é incapaz de dar à sociedade a satisfação necessária. E quando isso acontece, o Direito Penal acaba não desempenhando o papel mínimo que ele deve desempenhar, que é da prevenção geral, da dissuasão de condutas incompatíveis com a lei.<sup>187</sup>

A construção do voto pela constitucionalidade do cumprimento antecipado da pena após sobrevir acórdão condenatório pendente de recurso às instâncias superiores tem por concepção – e assim o deve ser –, determinar a funcionalidade que se espera da prática punitiva.

Sucedede que a premissa funcional da pena, desgarrada de uma sinalização constitucional inequívoca, resvala para as mais variadas concepções, de sorte que, ao eleger um sentido minimamente preventivo pela dissuasão e intimidação geral da prática delitiva, o renomado Ministro assenta suas bases ideológicas que bem se harmonizam com a ideia de cumprimento antecipado da pena antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Essa é a preocupação esposada nesta linha de pesquisa: seria hígado construir uma política criminal, seja pela via judicial, seja pelo Legislativo ou pelo Executivo amparada em funções penalizantes diversas da qual o texto constitucional impõe como valor fundante ou prioritário?

Em 2016 fora também julgado tema de repercussão geral concernente à falta de vagas em estabelecimentos prisionais e o direito à progressão de regime. Trata-se do *leading case* RE 641.320, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, cuja emenda assim se transcreve:

---

inafastável função institucional. A retomada da tradicional jurisprudência, de atribuir efeito apenas devolutivo aos recursos especial e extraordinário (como, aliás, está previsto em textos normativos), é, sob esse aspecto, mecanismo legítimo de harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado. Não se mostra arbitrária, mas inteiramente justificável a possibilidade de o julgador determinar o imediato início do cumprimento da pena, inclusive com restrição da liberdade do condenado, após firmada a responsabilidade criminal pelas instâncias ordinárias.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 126.292**, voto do rel. min. Teori Zavascki, j. 17-2-2016, P, DJE de 17-5-2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

<sup>187</sup> Id. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126.292**, São Paulo. Voto Min. Luis Roberto Barroso, em 17/02/2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/2/art20160217-10.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

Cumprimento de pena em regime fechado, na hipótese de inexistir vaga em estabelecimento adequado a seu regime. Violação aos princípios da individualização da pena (art. 5º, XLVI) e da legalidade (art. 5º, XXXIX). A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso. Os juízes da execução penal poderão avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes. São aceitáveis estabelecimentos que não se qualifiquem como “colônia agrícola, industrial” (regime semiaberto) ou “casa de albergado ou estabelecimento adequado” (regime aberto) (art. 33, §1º, b e c). No entanto, não deverá haver alojamento conjunto de presos dos regimes semiaberto e aberto com presos do regime fechado. Havendo déficit de vagas, deverão ser determinados: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado.<sup>188</sup>

Desse julgado, aprovou-se, em maio do mesmo ano, o verbete que deu redação à Súmula Vinculante 56<sup>189</sup>.

Em fevereiro de 2017, o plenário do STF, em sede de controle difuso, deu provimento ao RE 580.252 e, em obséquio ao art. 5º, inciso XLIX, da CF, reconheceu o dever do Estado em indenizar os presos pelo tratamento degradado e cruel ao qual são expostos em penitenciárias superlotadas, de modo a conspurcar a integridade física e moral dos presidiários<sup>190</sup>.

Ainda nesse mês, no dia 13 de fevereiro de 2017, não por acaso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos expediu Resolução de medidas provisórias sobre a grave

<sup>188</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 641.320**, rel. min. Gilmar Mendes, j. 11-5-2016, P, DJE de 1º-8-2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11436372>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

<sup>189</sup> “SÚMULA VINCULANTE 56: A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS.” Id. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante 56**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=3352>>. Acesso em: 19 ago. 2017.

<sup>190</sup> Informativo 854: “Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento. Com essa orientação, o Tribunal [...] deu provimento ao recurso extraordinário para restabelecer o juízo condenatório nos termos e limites do acórdão proferido no julgamento da apelação, a qual fixara indenização no valor de dois mil reais a favor de detento. Consoante o acórdão restabelecido, estaria caracterizado o dano moral porque, após laudo de vigilância sanitária no presídio e decorrido lapso temporal, não teriam sido sanados os problemas de superlotação e de falta de condições mínimas de saúde e de higiene do estabelecimento penal. Além disso, não sendo assegurado o mínimo existencial, seria inaplicável a teoria da reserva do possível”. [RE 580.252, rel. p/ o ac. min. Gilmar Mendes, j. 16-2-2017, P, Informativo 854, com repercussão geral.] Id. Supremo Tribunal Federal. **RE 580.252**, rel. p/ o ac. min. Gilmar Mendes, j. 16-2-2017, P, Informativo 854, com repercussão geral. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18314008/recurso-extraordinario-re-580427-ms-stf>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

e endêmica violação dos direitos humanos das pessoas privadas de liberdade no Brasil, tendo como objeto de análise fática os presídios de Curado (PE), o Instituto de Medidas Socioeducativas do Espírito Santo (ES), o Complexo Penitenciário de Pedrinhas (MA) e o Centro de Detenção Plácido Salles Silva (RJ).

Na oportunidade, a Corte requereu que o Estado brasileiro respondesse um longo questionário e observasse as recomendações finais sobre as já notórias condições do sistema de privação de liberdade pátrio, bem assim o convocou para audiência pública a ser realizada em maio de 2017, por ocasião da 118ª período de sessões ordinárias<sup>191</sup>.

Na contramão de uma série de medidas desprisionalizantes, tendentes a combater as infames condições do superencarceramento nacional, o Decreto Federal nº 8.940/2016, que institui o indulto natalino de final de ano, cerceou benefícios historicamente contemplados pelo instituto em questão.

E nessa linha ideológica de promover o eficientismo penal, ao largo de uma função constitucional dirigente, que o então Ministro da Justiça, Alexandre de Moraes, advertia se tratar de “[...] uma sinalização, seja para a criminalidade, para quem está preso, seja para a sociedade, do que realmente se pretende combater de forma mais dura, e do que se pretende como prioridade na questão da criminalidade”<sup>192</sup>.

Entre as medidas que ferem o princípio da proibição do retrocesso estão: a supressão da comutação, a restrição no indulto humanitário, a restrição das hipóteses gerais de indulto (maior rigor no tempo de cumprimento da pena para crimes com e sem violência e grave ameaça), a restrição do indulto para idosos, a restrição para indulto para pessoas que possuam filhos, a restrição do indulto das penas restritivas de direito, a supressão do indulto da pena de multa, o cumprimento da totalidade da pena hedionda para que se possa fazer jus ao indulto da pena comum, e restrições referentes ao requisito subjetivo da falta grave.

É desse cenário descarrilhado de políticas penalizantes como instrumento principal da política criminal que surge inabalada a pena de prisão.

---

<sup>191</sup> OEA. **Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 13 de fevereiro de 2017**. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/index.php/en/court-today/comunicados/666-corte-interamericana-celebrara-118-periodo-ordinario-de-sesiones>>. Acesso em: 19 ago. 2017.

<sup>192</sup> BOEHM, Camila. **Indulto natalino terá critérios mais rígidos para crimes violentos, diz ministro**. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-12/indulto-natalino-tera-criterios-mais-rigidos-para-crimes-violentos-diz>>. Acesso em: 24 maio 2017.

Bem por isso adverte Salo de Carvalho<sup>193</sup> que, na contemporaneidade latino-americana, absorvida pela violência institucionalizada pelas agências do Estado, o hiperencarceramento dos jovens urbanos pobres deve ser combatida por uma criminologia crítica e atuante. Entretanto, a violência extravasa as agências formais do sistema de justiça, afigurando-se relevante fenômeno cultural a ser observado. A cultura do punitivismo, da prisão, da violência estatal; o sensacionalismo das imagens, dos símbolos e as representações da violência; a circulação, o consumo e o impacto dessas experiências no cotidiano das pessoas projetam novas experiências a serem perquiridas pela crítica realista na cultura marginal.

Nada faz pensar, destarte, que a prisão tenha sido um projeto de execução penal, como de fato, também não o foi no ideal iluminista. A história revela-se pela persistente contradição entre o eixo jurídico-penal teórico e legislativo e o praticado de forma concreta na sociedade, demonstrando, no mais das vezes, o hiato em torno da questão carcerária<sup>194</sup>.

Os iluministas, ao se oporem ao absolutismo, fundamentaram a pena no direito natural e do estrito laicismo (racionalidade). Em ambos, o poder (violência) sobre os corpos substituiu o poder (violência) sobre a alma. Mas tais pensamentos críticos tinham uma raiz fictícia e mantinham(eram) concepções autoritárias<sup>195</sup>.

Em verdade, explica Bruno Rotta, “[...] os sistemas penais dizem muito sobre as opções políticas de uma determinada nação. Dotando-se de profundo simbolismo, eles veiculam informações sobre aspectos centrais dos Estados que representam”<sup>196</sup>.

Para Nils Christie<sup>197</sup>, quatro aspectos principais dos sistemas penais revelam-se sintomáticos da opção político-criminal de uma determinada nação: 1) os tipos de crimes tutelados pelo Estado (relevância e subsidiariedade); 2) as formas de tomada de decisão (a dor como elemento central da punição); 3) a natureza dos destinatários da dor intencional (concentração prisional em um certo grupo de indivíduos); 4) o volume e as formas de punição (uso da dor intencional pelo sistema).

Mas não é só.

<sup>193</sup> CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 101.

<sup>194</sup> ALMEIDA, Bruno Rotta. **Contradição e violência em torno da política criminal e penitenciária brasileira: uma análise a partir da fundação jurídico-normativa e da execução da pena**. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016. p. 306.

<sup>195</sup> Ibid., p. 306.

<sup>196</sup> Ibid., p. 306.

<sup>197</sup> CHRISTIE, Nils. **Uma razoável quantidade de crime**. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 153.

Ministrar a dor, na concepção de controle social por intermédio da tutela penal, qualifica-se como a espinha dorsal da punição, justo porque, mesmo em países em que não praticam a pena de morte e tortura, tem-se no encarceramento uma forma convincente de aniquilação da vida<sup>198</sup>.

Compreendendo essa organização de ideias, tem-se que – em uma sociedade como a brasileira, com secular tradição de extermínio humano como mecânica de controle social – a lógica prisional, para além da desenganada criminalização seletiva e estigmatizante da pobreza, é a lógica do extermínio (genocídio) difuso “[...] que converte a prisão em risco de pena de morte indireta”<sup>199</sup>.

Seja como for, adverte Vera Regina de Andrade, o cárcere, como produção ou extermínio seletivo de indivíduos construídos como marginais, tem se revelado historicamente uma competente e violenta forma de controle social, expressando e reproduzindo a desigualdade social (violência estrutural) e a escala hierárquica da comunidade, que, dito de outra forma, traduz-se em método de “[...] marginalização secundária que expressa e reproduz marginalização primária”<sup>200</sup>.

Esse fascinante fenômeno do poder de punir, eivado pela seleção, repressão e exclusão, reveste-se de uma lógica própria, respondendo a determinadas necessidades que se revelaram economicamente vantajosas e politicamente eficientes. Dito de outra maneira: malgrado o cárcere não desperte interesse público (e muito menos político), sua omissão – quer seja proposital, quer seja por negligência Estatal – revela consequências hostis não apenas ao seletivo<sup>201</sup> grupo de indivíduos enclausurados, senão para toda a sociedade que recebe, num ciclo de sangue e violência, esses seres marginalizados pelo próprio sistema.

Loic Wacquant, em leitura fidedigna do sistema penitenciário brasileiro, assim o descreve:

<sup>198</sup> CHRISTIE, Nils. **Uma razoável quantidade de crime**. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 156.

<sup>199</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão**. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 351.

<sup>200</sup> Ibid., p. 351.

<sup>201</sup> “A seletividade é, portanto, a função real e a lógica estrutural de funcionamento do sistema penal, comum às sociedades capitalistas patriarcais. E nada simboliza melhor a seletividade do que a clientela da prisão, ao revelar que a construção (instrumental e simbólica) da criminalidade – a criminalização – incide seletiva e de modo estigmatizante sobre a pobreza e a exclusão social, majoritariamente de cor não branca e masculina, e apenas residualmente (embora de forma crescente) feminina”. Ibid., p. 137-138.



Uma última razão, de simples bom senso, milita contra um recurso acrescido ao sistema carcerário para conter a escalada da miséria e dos distúrbios urbanos no Brasil. É o estado apavorante das prisões do país, que se parecem mais com campos de concentração para pobres, ou com empresas públicas de depósito industrial dos dejetos sociais, do que com instituições judiciárias servindo para alguma função penalógica – dissuasão, neutralização ou reinserção. O sistema penitenciário brasileiro acumula com efeito as taras das piores jaulas do Terceiro Mundo, mas levadas a uma escala digna do Primeiro Mundo, por sua dimensão e pela indiferença estudada dos políticos e do público: entupimento estarrecedor dos estabelecimentos, o que se traduz por condições de vida e de higiene abomináveis, caracterizadas pela falta de espaço, ar, luz e alimentação (nos distritos policiais, os detentos, freqüentemente inocentes, são empilhados, meses e até anos a fio em completa ilegalidade, até oito em celas concebidas para uma única pessoa, como na Casa de Detenção de São Paulo, onde são reconhecidos pelo aspecto raquítico e tez amarelada, o que lhes vale o apelido de “amarelos”); negação de acesso à assistência jurídica e aos cuidados elementares de saúde, cujo resultado é a aceleração dramática da difusão da tuberculose e do vírus HIV entre as classes populares; violência pandêmica entre detentos, sob forma de maus-tratos, extorsões, sovas, estupros e assassinatos, em razão da superlotação super acentuada, da ausência de separação entre as diversas categorias de criminosos, da inatividade forçada (embora a lei estipule que todos os prisioneiros devam participar de programas de educação ou de formação) e das carências da supervisão.<sup>202</sup>

Raul Cervini<sup>203</sup> acrescenta que a prisão, praticada de forma generalizada como vista nos tempos atuais, irrompe as razões históricas que a puseram em prática: o desejo de que a pena privativa de liberdade retribuísse à sociedade o mal causado pela prática criminosa; mais tarde, serviu para frear os impulsos desviantes e, mais recentemente, passaria a ter o propósito ressocializador. Atualmente, é unísono o reconhecimento que as instituições de custódia não se prestam a desenvolver as atividades de reabilitação e correção que a sociedade lhe atribuiu. O fenômeno da prisionização ou culturalização do detento, o potencial criminalizador do sistema penitenciário, que condiciona futuras carreiras criminais (fenômeno do contágio), aliado ao efeito de estigmatização da pena, inibem qualquer tentativa eficaz e avolumam as cifras de reincidência.

Para Alejandro Alagia, “[...] *hacer sufrir a alguien o a grupos vulnerables para que la sociedad viva es la creencia detrás de toda idea legitimante de pena*”<sup>204</sup>.

Em verdade, o mostruário das políticas criminais latino-americanas é revelador de uma transfusão copiosa de valores estruturantes do expansionismo penal instituído tanto na Europa do pós-guerra, quanto nos EUA da década de 70, após a derrocada do *Welfare State*.

<sup>202</sup> WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. p. 07.

<sup>203</sup> CERVINI, Raul. **Os processos de criminalização**. Tradução da 2ª edição espanhola. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 46.

<sup>204</sup> ALAGIA, Alejandro. **Hacer sufrir**: imágenes del hombre y la sociedad en el derecho penal. Buenos Aires: Ediar, 2013. p. 301.

## 1.4 CONCLUSÕES PRELIMINARES

O processo histórico de transformação da pena de prisão em instrumento central de controle social pela via punitivista, revela, desde seu nascedouro, que os discursos que a legitimam se mascaram em práticas de exclusão, que terminam por serem viabilizadas na política criminal brasileira e, de maneira geral, latino-americana.

Desde os primeiros diplomas Constitucionais e legais que traduziam valores humanitários à pena de prisão, tal qual a Constituição Imperial de 1924 e o Código Criminal de 1830, já se revelava a distorção entre as funções penais anunciadas e aquelas operadas pelo sistema de Justiça Penal. Exemplo indissociável deste anacronismo cultural pode ser visto desde a primeira casa prisional construída em solo pátrio: a Casa de Correção do Rio de Janeiro, cujas premissas correccionalistas consagravam a prisão em pena por excelência e principal instrumento de controle social da Corte. Dito de outro modo, a prisão, a despeito de passar por uma transformação ideológica de valores (de um mero local provisório de custódia a espera da pena retributiva, para encampar pretensões utilitaristas de cunho reformista), sempre esteve incompatibilizada de cumprir suas funções em um ambiente culturalmente marcado pela exploração do latifúndio escravista e da subordinação ao capital internacional. Como dito alhures, diante desse cenário de inegável colidência cultural, a transformação funcional da pena neste contexto político-social – impregnada pela carga retributiva e de reafirmação dos valores dominantes – estava fadada ao fracasso.

Sucedo que, desde uma análise dogmática que nos é peculiar, sugere-se uma abordagem – ainda que ululante, mas raramente tratada – do enfoque constitucional da funcionalidade da pena de prisão. Dito de outra maneira: pensa-se que o processo de disputa da “melhor” funcionalidade da pena, seja em modelos mistos, seja em aplicação unitária, não resiste à hermenêutica e ao controle de constitucionalidade.

Não basta situar-se num posicionamento de neutralidade da Constituição Federal, por pretensamente não abordar a temática às escancaras; também não parece sustentável eleger um método de retribuição da pena com projeção no clamor e na cultura popular. De outro lado, também não se afigura pertinente, simplesmente pela finalidade humanitária, típica dos textos constitucionais democráticos, fincar-se posição indistintamente pela aplicação de políticas penais ressocializantes.

A amostragem esquizofrênica da política criminal brasileira, posta em exame prático nos movimentos do Legislativo, Executivo e Judiciário, é reveladora da ausência de um rumo constitucional uniforme e dirigente. Valendo-se do mesmo ingrediente, os três poderes dão guarida às hipóteses levantadas na investigação: produzem atos – legais, administrativos ou judiciais – com ampla discricionabilidade, porquanto não sustentados em um valor fundante da execução da pena de prisão, apto a dirigir, orientar e, sobretudo, vincular a atividade dos aplicadores do direito.

Resultado último desse processo de deslegitimação das funções preconizadas é de todos conhecido: centralidade da pena de prisão, inflação carcerária, crime organizado e processo cultural de punição com viés de castigo, em ordem a naturalizar a ação do Estado coonestada pela esmagadora parcela da população. Está feito o caldo cultural.

## **2 A NATUREZA JURÍDICA DO CUMPRIMENTO DA PENA DE PRISÃO NO BRASIL (VÉRTICE PUNITIVO)**

A compreensão do processo histórico que marca o poder de punir no Brasil, conjugado com os diversos discursos que identificam a pena de prisão como elemento central de política criminal dos países latino-americanos, abre caminho para a correspondente interseção entre o plano formal e o plano informal de cumprimento da pena de prisão. Nesse contexto é que se propõe identificar a natureza jurídica do cumprimento da pena de prisão, cujo vértice punitivo se desdobra entre as funções preconizadas pelo ordenamento jurídico e as funções, em verdade, praticadas.

Longe de almejar esgotar os conceitos teóricos que informam as razões legitimadoras de práticas inconstitucionais que se culturalizaram no universo prisional brasileiro, opta-se pelo enfrentamento de temas que dizem imediato respeito com a abordagem proposta.

Importante contextualizar que o vértice punitivo aqui apresentado parte de uma premissa central: a culpa como fundamento da pena. Nesse sentido, tentar-se-á descortinar a influência da teoria do delito no campo da teoria da pena, notadamente quando, na culpabilidade, encontra seu liame indissolúvel e seu sentido ontológico de reprovação do mal causado.

Demais disso, tratar da função constitucional da pena de prisão requer uma construção analítica em cima de referenciais teóricos que indicam caminhos para as hipóteses arguidas. Com essa percepção que, nas próximas linhas, serão contextualizadas as nuances e dicotomias da dogmática penal, bem como se trará à lume a teoria agnóstica da pena, a reinvenção prisional de David Garland e a teoria dialética de Claus Roxin.

## 2.1 CONCEITO E PRESSUPOSTOS ANALÍTICOS DA DOGMÁTICA PENAL (TEORIA DO DELITO X TEORIA DA PENA/CULPA X PENA): A PENA DE PRISÃO ANALISADA PELO VIÉS EXECUTIVO DAS TEORIAS DA PENA

Acenar para o *modus* punitivo na última etapa do processo penalizante, notadamente a execução penal, com enfoque na pena de prisão, requer, preliminarmente, esclarecer que o programa epistemológico das ciências penais possui diversos campos investigativos<sup>205</sup>.

À dogmática penal coube instrumentalizar o complexo normativo com capacidade de dar coerência e uniformidade ao sistema jurídico-penal, assim, criando condições de previsibilidade mínimas para as respostas jurídicas frente aos problemas postos<sup>206</sup>. Nesse diapasão, propor-se-á um olhar científico para um dos objetos do campo da dogmática penal<sup>207</sup>: a teoria da pena, com viés na fase de execução da individualização da pena<sup>208</sup>.

Antes, porém, cabe uma concisa digressão teórica acerca da tensão dos campos analíticos que tratam do instituto da pena, pois revelará sua significância para o rumo conclusivo desta dissertação.

A dura realidade da investigação criminológica – que sofre abalos de fragmentariedade<sup>209</sup> e delimitação espacial<sup>210</sup> – prejudica a compreensão heterogênea das

<sup>205</sup> O estudo das Ciências Penais segue certa uniformidade quanto aos seus campos de estudo, a saber: Dogmática Penal, Criminologia e Política Criminal.

<sup>206</sup> Essa sistematização é descrita por Salo de Carvalho como “vontade de sistema”. Conferir CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 300.

<sup>207</sup> Seguir-se-á a classificação adotada por Salo de Carvalho, no que estrutura a dogmática penal a partir de três grandes discursos de sistematização: (a) teoria da lei penal; (b) teoria do delito; (c) teoria da pena. *Ibid.*, p. 47.

<sup>208</sup> Guilherme Nucci ensina que “[...] a individualização da pena desenvolve-se em três etapas distintas, Primeiramente cabe ao legislador fixar, no momento de elaboração do tipo penal incriminador, as penas mínimas e máximas, suficientes e necessárias para a reprovação e prevenção do crime. É a individualização legislativa. Dentro desta prática, quando se der a prática da infração penal e a sua apuração, atua o juiz, elegendo o montante concreto ao condenado, em todos os seus prismas e efeitos. É a individualização judiciária. Finalmente, cabe ao magistrado responsável pela execução penal determinar o cumprimento individualização da sanção aplicada. [...] é a individualização executória”. NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 24.

<sup>209</sup> “A criminologia, porém, em decorrência da fragmentação interna e do desenvolvimento de inúmeros discursos com matrizes epistemológicas distintas (v.g. antropologia, psicologia, psiquiatria, psicanálise) diferente do direito penal, não logrou delimitar unidade de investigação. A pluralidade de discursos criminológicos, com a conseqüente diversidade de objetos e de técnicas de pesquisa, tornou ilimitadas as possibilidades de exploração, podendo voltar sua atenção ao criminoso, à vítima, à criminalidade, à criminalização, à atuação das agências de punitividade, aos desvios não criminalizados e, inclusive, ao delito e ao próprio discurso dogmático.” CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 46-47. Para o tema, ver também: ELBERT, Carlos Alberto. **Criminologia, ciência e mudança social**. Tradução de Ney Fayet Jr. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012.

<sup>210</sup> Indispensável observar em Muñoz Conde a indiscreta cisão entre o direito penal e criminologia: “*Del examen realizado hasta ahora se desprende que la consideración jurídica y la criminológica de los fenómenos relativos a la delincuencia son dos aspectos autónomos, aunque complementarios e indispensables para un*

causas da criminalidade, do estudo dos criminosos, dos processos macro e micro de criminalização e, sobretudo, as consequências no campo da aplicação e execução da pena.

A começar pela simbiose estabelecida pelo binômio crime e pena, permite-se instaurar uma projeção monopolizante do estudo da dogmática penal em razão da teoria do delito. Vale dizer que:

No universo da estrutura tripartida da dogmática penal, as principais investigações do século XX ocorreram na teoria do delito, acontecimento natural em face da teoria da tipicidade englobar o estudo da legalidade e da teoria da pena estar vinculada ao juízo de culpabilidade.<sup>211</sup>

Com efeito, Salo de Carvalho acrescenta que:

O horizonte da análise do direito penal não transpassa o estudo do crime entendido como conduta (comissiva ou omissiva) típica, ilícita e culpável, cujo resultado é a imposição da sanção. E por mais díspares que sejam as perspectivas dos teóricos do direito penal ao estabelecer distintos critérios de interpretação, bem como por mais diferenciados que sejam os efeitos político-criminais destas interpretações em matéria de aumento e diminuição da criminalização e da punibilidade, em sua integralidade operam na estrutura rígida das teorias do delito e da pena. A evolução da teoria da conduta com superação do causalismo pelo finalismo de Welzel e as projeções realizadas atualmente pelos distintos modelos funcionalistas, p. ex., por mais que alterem a forma de conceber os requisitos de aferição da responsabilidade penal, não ultrapassam os rígidos limites das categorias da conduta, tipicidade, ilicitude e culpabilidade.

É possível afirmar, portanto, que a dogmática adestrou seu objeto de estudo, adquirindo ao longo do século XX amplo domínio sobre a estrutura e seu conteúdo.<sup>212</sup>

A visceral ligação entre as teorias da pena e as teorias da culpabilidade – relacionadas no campo da dogmática penal como instrumentos de justificação e de fundamento da punição,

---

*mejor conocimiento de esos fenómenos. La separación entre ciencia del derecho penal y criminología, que se puede estimar como una conquista irreversible de laciencia en general, ha conducido, sin embargo, a un divorcio, por no decir oposición, entre ambas. El penalista, se dice, sólo tiene que ocuparse de interpretar las normas jurídicas con ayuda de un método lógico formal; los hechos que sirven de base a esas normas les son, por el contrario, ajenos; la investigación de esos hechos corresponde a otros. Y esos otros, los criminólogos, ignoran por completo la regulación jurídica de los hechos que investigan, cuando no la critican sin más. De este modo se produce una especie de 'averroismo' científico, pues lo que en un ámbito del saber rige como verdadero puede considerarse falso, si se traslada a un ámbito distinto. El derroche de energías que, por otro lado, esto supone, intentando cada uno descubrir por su cuenta 'su verdad', conduce a que ninguno pueda alcanzarla." MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal**. Primera edición. Barcelona: Bosch, 1975. p. 204.*

<sup>211</sup> CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 46.

<sup>212</sup> *Ibid.*, p. 46.

respectivamente, – permite questionar qual o real juízo valorativo que se tem da culpabilidade no atual estado do direito penal ocidental, notadamente combatido pela crise das narrativas de legitimação<sup>213</sup>.

Anota Juarez Tavares que o imbricamento entre a culpabilidade jurídica e a culpabilidade moral ainda “[...] é um resquício da concepção religiosa de culpa, entendida como o mal que se agrega ao autor como uma mácula indelével, mas que deve ser sempre descartada em uma ordem jurídica laica”<sup>214</sup>.

Nesse diapasão, tem-se que o sólido desenvolvimento da teoria do delito traz relevantes consequências práticas: a correspondência imediata entre o crime e a pena, vinculada à ideia de culpabilidade – aqui entendida como o próprio fundamento da punição – posiciona-se em ordem a orientar toda a cadeia estruturante do direito e processo penal com ênfase na função retributiva da pena.

Salo de Carvalho ensina que:

Embora desde o final do século XIX se assista à emergência das ideias de prevenção especial positiva (correcionalismo) – teorias que inegavelmente influenciaram os discursos dogmáticos, mas que acabaram tendo maior receptividade no direito penal dos países anglo-saxões a partir da forte influência da criminologia –, foi o retribucionismo que modelou a estrutura da dogmática penal, especialmente da teoria do delito, visto sua intrínseca relação com a ideia de culpabilidade.<sup>215</sup>

Nesse idêntico sentido, Winfried Hassemer<sup>216</sup> adverte que o processo de aplicação da pena se qualifica como um muro de lamentações dos penalistas, tanto cientificamente como na prática. Com efeito, é lamentável, na visão do autor, que a dogmática de determinação da pena, que se presta a estabelecer sistematicamente critérios legais, não tenha alcançado um grau de precisão e transparência, assim como atingiu a dogmática dos pressupostos de punibilidade.

Dáí porque Salo de Carvalho, analisando o pensamento de Winfried Hassemer, admoesta que o autor envida esforços para demonstrar a profunda disparidade entre os

<sup>213</sup> CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 252.

<sup>214</sup> TAVARES, Juarez. Culpabilidade e individualização da pena. In: BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André (Orgs). **Cem anos de reprovação**: uma contribuição interdisciplinar para a crise da culpabilidade. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 121-152. p.133.

<sup>215</sup> CARVALHO, op. cit., p. 252.

<sup>216</sup> HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1984. p. 137.

desenvolvimentos dogmáticos das teorias do delito e da pena – tendo como pressuposto de que o aprimoramento dos estudos do conceito analítico de crime (conduta, tipicidade, ilicitude e culpabilidade) – “[...] adquiriram, ao longo do século passado, maior densidade e, conseqüentemente, estabilidade – e os relativos à definição das penas”<sup>217</sup>.

Desde esse espaço de fala que se consolida o ensino da dogmática penal embevecido na teoria delitiva, cujo infortúnio é pensar um programa jurídico-penal orientado pelo vetusto e obsoleto Código Penal, rompendo com os axiomas carreados às mais altas instâncias normativas e, enfim, culturalizando o modelo punitivo de retribuição<sup>218</sup>.

Entretanto, a busca por respostas no campo da responsabilização, tendo na culpabilidade o elo indefectível entre o crime e a punição, sofre importante abalo quando confrontada com a teoria da margem de liberdade de Claus Roxin<sup>219</sup>, no que revela ser incompatível a definição da magnitude da pena unicamente com esteio no princípio da culpabilidade, em razão, precisamente, de não haver correspondência exata (relação de causalidade) entre pena e culpa<sup>220</sup>.

Nesse sentido, basta admitir que há sanções penais sem culpa formada, tal qual nas prisões provisórias e no cumprimento antecipado de pena e, inversamente, mesmo com culpa formada, há, por vezes, prescindibilidade da aplicação pena, como nos casos de extinção de punibilidade (art. 107 do CP)<sup>221</sup>.

<sup>217</sup> CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 313.

<sup>218</sup> Bem por isso Salo de Carvalho não olvida em advertir para a superficialidade do ensino do direito penal nos programas acadêmicos brasileiros: “Análise superficial de quase à totalidade dos currículos e dos livros didáticos de direito penal utilizados no Brasil revela situação absolutamente preocupante. Os programas de ensino, em decorrência da doutrina que lhes dão sustentação, estão pensados e estruturados a partir da disposição dos temas e dos institutos apresentados pelo Código Penal. [...] No ensino do direito penal, portanto, o Código Penal atua como programa didático. Id. **Antimanual de criminologia**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 59.

<sup>219</sup> Dada a relevância da distinção em exame, ainda sob o apanágio punitivo próprio da classificação deste capítulo, será tratada a teoria dialética de Claus Roxin no subitem 2.4.

<sup>220</sup> CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. Op. cit., p. 178.

<sup>221</sup> Faz-se referência novamente ao plano fático: no julgamento do agravo de execução penal nº 5006272-48.2016.4.04.7005, após vosto-vista prolatado pelo Juiz Federal Convocado, Dr. Nivaldo Brunoni, foi submetido à corte especial do TRF4 incidente de arguição de inconstitucionalidade do Decreto 8.615/2015. Tratava-se de pedido de concessão do indulto com base no art. 1º, XV, do Decreto, porquanto o STF já afastara a natureza hedionda da figura privilegiada do delito de tráfico de drogas, tendo, ademais, o apenado cumprido em prisão provisória mais de 1/6 da pena imposta. Com efeito, extrai-se da fundamentação do magistrado as premissas ideológicas de culpabilidade como fundamento da pena. Segue parte do julgado: **“[...]Em nosso Estado de Direito Democrático o encerramento do ciclo de persecução criminal com a imposição de uma pena efetiva já é, de per si, tortuosa. O encarceramento do agente, dadas as inúmeras figuras legislativas voltadas a afastar a privação da liberdade, configura medida cada vez menos presente em nossa sociedade.** [...] Tome-se como exemplo o crime de corrupção passiva, com pena de 2 a 12 anos, e multa. Na prática, a pena cominada vige, é aplicada, mas não é cumprida. É dispositivo sem norma. O efetivamente cumprido são penas de 8 meses a 4 anos, na hipótese de o indulto colher quem tenha



O conceito de culpabilidade, assim como qualquer outro, pode ser conspurcado, de modo a se converter em um estratégico e pernicioso instrumento de ataque às garantias fundamentais<sup>222</sup>.

Em argumento adicional, Sanches Rubio considera uma *redução arcaica* pensar crime e castigo como elementos equivalentes e indissociáveis, situação na qual termina por naturalizar e normalizar a pena como sanção por excelência, tornando-a evidente, inquestionável e impossibilitando um pensar não punitivo como resposta a situações problemáticas<sup>223</sup>.

Nessa mesma linha intelectual, Claus Roxin embasa sua teoria dialética da pena, tendo como pressuposto a ampliação do conceito de culpabilidade para responsabilidade, de modo que o manejo político-criminal passa a ter por diretriz funções penais exclusivamente preventivas, tanto para limitar quanto para graduar a pena<sup>224</sup>.

Note-se, nas palavras de Claus Roxin, que:

*Tales aspectos preventivos se pueden constatar de manera más o menos pronunciada, como se demostrará más adelante, en todas las causas de exculpación (más exactamente: causas de exclusión de la responsabilidad), pero también en las causas de exclusión de la culpabilidad en sentido estricto (inimputabilidad o incapacidad de culpabilidad, y error de prohibición invencible)'. Antiguamente no pasaron por completo inadvertidas, pero sí estuvieron científicamente desatendidas y no se apreció su autonomía, de modo que tradicionalmente se denomina sólo "culpabilidad" a la categoría del delito que sigue al injusto. Con ello se produce una reducción del problema, pues la idea de que el legislador, aun existiendo culpabilidad, renuncia a la pena allí donde la misma no le parece preventivamente indispensable contribuye de manera importante a la solución de problemas*

---

cumprido 1/3 da pena. E, na hipótese de ser suficiente o cumprimento de 1/4 da pena para o indulto, como se verá no item posterior, a pena cumprida será de 6 meses a 3 anos, absolutamente irrisória em face das penas cominadas e aplicadas, mormente sabendo-se que, via de regra, as penas aproximam-se do mínimo. Por exemplo: Tipo de corrupção passiva: art. 317 do CP – Cominação abstrata pelo Legislador: 2 a 12 anos de reclusão – Dosimetria pelo Juiz: entre 2 a 12 anos, e.g. 4 anos – Indulto com 1/3: perdoado após cumprir 1 ano e 4 meses – Indulto com 1/4: perdoado após cumprir 1 ano. **Note-se que a concessão reiterada de indultos dessa magnitude acaba por reduzir as penas a menos que o mínimo cominado pelo legislador.** [...] Ante o exposto, voto por suscitar Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade do art. 1º, inciso XV, do Decreto 8.615/15 (concessivo de indulto), por violação aos artigos 2º, 5º, XLVI, 62, § 1º, b, e ao princípio da vedação da proteção insuficiente, submetendo-o à análise pela colenda Corte Especial deste Tribunal.” [grifo nosso]. BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quarta Região. **Agravo de Execução Penal nº 5006272-48.2016.4.04.7005/PR**. Voto-vista Juiz Federal Convocado, Dr. Nivaldo Brunoni. 25.01.2017. Disponível em: <<https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/455893018/agravo-de-execucao-penal-ep-50062724820164047005-pr-5006272-4820164047005/inteiro-teor-455893025?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

<sup>222</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Política criminal latinoamericana**. Bogotá: Temis, s/d. p. 166.

<sup>223</sup> SÁNCHEZ RUBIO, David. *Inversión ideológica y derecho penal mínimo, decolonial, intercultural y anthegemónico*, p. 40, apud CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 63.

<sup>224</sup> CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 176.

*discutidos de la exclusión de la responsabilidad. Además, sólo mediante el reconocimiento de culpabilidad y necesidad preventiva como presupuestos de igual rango de la responsabilidad jurídicopenal, puede la dogmática jurídicopenal conseguir conectar con la teoría de los fines de la pena, para la que hoy día se reconoce que sólo culpabilidad y necesidades preventivas conjuntamente pueden dar lugar a una sanción penal.*<sup>225</sup> [Grifo nosso].

Contudo, desde um olhar hermenêutico, pode-se estabelecer que o positivismo dogmático, tratado por Luigi Ferrajoli como paleopositivismo, ignora a validade constitucional das leis, carreando legitimidade ao ordenamento jurídico pela simples vigência da norma.

Se, em boa medida, a individualização da pena restaura – como garantia fundamental que é – a culpabilidade como limite e pressuposto da pena, não se pode admitir, a título de exemplo, que as prisões cautelares tomem de efeito o conteúdo ético-jurídico próprio da finalidade atribuída ao cumprimento da execução penal. Vale dizer, ainda que se observe atualmente na culpa rarefeita um fundamento para a prisão, legitimar nele o (inconstitucional) cumprimento antecipado da pena desde o limiar do processo penal, através das prisões preventivas, temporárias e penas provisórias sem trânsito em julgado, viola a estrutura autônoma das categorias culpa e pena, pois parte do pressuposto de que a culpabilidade é o próprio fundamento da pena.

Bem por isso Juarez Tavares admoesta que, “[...] como o injusto seria o exclusivo fundamento para a culpabilidade, esta só poderia ter uma função delimitadora, e não fundamentadora da pena”<sup>226</sup>.

No mesmo rumo vem a posição de Cezar Roberto Bittencourt, quando identifica que, “[...] para a aplicação da pena proporcionalmente adequada, a dogmática penal socorre-se também da culpabilidade, aqui não como fundamento da pena, mas como limite desta”<sup>227</sup>.

Saindo do campo das abstrações teóricas, a temática passa a ser problematizada de maneira prática: ao enfrentar recentemente o espinhoso tema do cumprimento da execução penal antes do trânsito em julgado de sentença condenatória, o STF, em 17/02/2016, no HC 126292/SP, por sete votos a quatro (7x4), promove nova viragem jurisprudencial no tema<sup>228</sup> e

<sup>225</sup> ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Madrid: Civitas, 1997. p. 792.

<sup>226</sup> TAVARES, Juarez. Culpabilidade e individualização da pena. In: BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André (Org.). **Cem anos de reprovação**: uma contribuição interdisciplinar para a crise da culpabilidade. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 121-152. p. 135.

<sup>227</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1. p. 57.

<sup>228</sup> “Em 05.02.2009, o STF, em decisão plenária, ao apreciar o HC 84.078, sob a relatoria do Ministro Eros Grau, o Supremo Tribunal Federal, por 7 votos a 4, passou a interpretar o art. 5º, LVII, no seu sentido literal, de

expõe, precisamente, os contornos judiciais de uma política criminal que observa na culpabilidade, ainda que provisória, o próprio fundamento para penar.

Do voto do Ministro Teori Zavasky, relator para o acórdão, extrai-se o que segue:

A eventual condenação representa, por certo, um juízo de culpabilidade, que deve decorrer da logicidade extraída dos elementos de prova produzidos em regime de contraditório no curso da ação penal. Para o sentenciante de primeiro grau, fica superada a presunção de inocência por um juízo de culpa – pressuposto inafastável para condenação –, embora não definitivo, já que sujeito, se houver recurso, à revisão por Tribunal de hierarquia imediatamente superior.<sup>229</sup> [Grifo nosso].

Sucedem que a culpabilidade, além de se revestir de pressuposto para um decreto condenatório (limite), é também pressuposto para a imposição (execução) da pena.

Ainda mais emblemática é a abordagem trazida no voto do Ministro Luis Roberto Barroso que, dentre seus principais fundamentos, evidencia a distinção entre culpabilidade e prisão, cuja inflexão se dá em método hermenêutico sistemático do texto constitucional:

Ao contrário do que uma leitura apressada da literalidade do art. 5º, LVII da Constituição poderia sugerir, o princípio da presunção de inocência não interdita a prisão que ocorra anteriormente ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O pressuposto para a decretação da prisão no direito brasileiro não é o esgotamento de qualquer possibilidade de recurso em face da decisão condenatória, mas a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente conforme se extrai do art. 5º, LXI, da Carta de 1988. Para chegar a essa conclusão, basta uma análise conjunta dos dois preceitos à luz do princípio da unidade da Constituição. Veja-se que, enquanto o inciso LVII define que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, logo abaixo, o inciso LXI prevê que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”. Como se sabe, a Constituição é um conjunto orgânico e integrado de normas, que devem ser interpretadas sistematicamente na sua conexão com todas as demais, e não de forma isolada. Assim, considerando-se ambos os incisos, é evidente que a Constituição diferencia o regime da culpabilidade e o da prisão. Tanto isso é verdade que a própria Constituição, em seu art. 5º, LXVI, ao assentar que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”,

---

modo a impedir a execução provisória da pena com o objetivo proclamado de efetivar as garantias processuais dos réus, em obséquio à presença de inocência ali encartada.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 84.078**. Voto Relatoria do Ministro Eros Grau, 05.02.2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

<sup>229</sup> Habeas Corpus nº 126.292, SÃO PAULO. Relator Min. Teori Zavasky, 17/02/2016. Id. Supremo Tribunal Federal. **HC 126.292**, voto do rel. min. Teori Zavaski, j. 17-2-2016, P, DJE de 17-5-2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

admite prisão antes do trânsito em julgado, a ser excepcionada pela concessão de um benefício processual (a liberdade provisória).<sup>230</sup> [Grifo nosso].

Ocorre que a análise conceitual da culpabilidade exige, para além de entendê-la como elemento integrante do crime, reconhecê-la como pressuposto para garantir o poder de punir, no que evidencia o seguinte silogismo: para que seja executada uma pena com base em um decreto condenatório é imprescindível estar formada a culpa que a pressupõe. Entretanto, a recíproca não é verdadeira: nem toda culpa formada enseja o dever jurídico de penar.

No voto em tela, o Ministro Luis Roberto Barroso apresenta distinção constitucional da culpabilidade (art. 5º, inciso LVII) e prisão (art. 5º, inciso LXI). Sucede que a prisão a que se refere o eminente Ministro (por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente) – refere-se precisamente às prisões cautelares – marcadas pela provisoriedade, que se apresenta em fase investigativa e processual-cognitiva –, bem como para estabelecer o cumprimento da decisão penal definitiva, após o trânsito em julgado.

Com efeito, não por outro motivo, o Código de Processo Penal (CPP) trata, em seu título IX, da “prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória”, e assinala, em seu art. 283, em notória sintonia com o art. 5º, inciso LXI, da CF, que:

Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).<sup>231</sup> [Grifo nosso].

Logo, finalidades intrínsecas à função assecuratória da tutela penal não se prestam ao cumprimento antecipado da pena, sob pena de corresponderem ao método de punir por punir, precisamente pela cultura funcional da retribuição<sup>232</sup>.

<sup>230</sup> Habeas Corpus nº 126.292, SÃO PAULO. Voto Min. Luis Roberto Barroso, em 17/02/2016. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 126.292**, voto do rel. min. Teori Zavascki, j. 17-2-2016, P, DJE de 17-5-2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

<sup>231</sup> BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 22 jun. 2017.

<sup>232</sup> “A privação cautelar da liberdade individual – qualquer que seja a modalidade autorizada pelo ordenamento positivo (prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva, prisão decorrente de decisão de pronúncia e prisão resultante de condenação penal recorrível) – não se destina a infligir punição antecipada da pessoa contra quem essa medida excepcional é decretada ou efetivada. É que a ideia de sanção é absolutamente estranha à prisão cautelar (‘carcer ad custodiam’), que não se confunde com a prisão penal (‘carcer ad

Ainda na linha do que aventado, o eminente Ministro acrescenta outro argumento para viabilizar sua tese, agora no âmbito infraconstitucional: após a condenação em 2º grau de jurisdição, a execução do julgado constituir-se-ia em exigência de ordem pública, no que estaria presente um dos requisitos da prisão preventiva<sup>233</sup>.

Com as devidas vênias, permite-se chegar à conclusão de que a postura que fundamenta o direito de punir, calcado na prisão provisória, é elementar de um pensamento que instrumentaliza a culpabilidade não como pressuposto, mas como próprio fundamento da pena. Bem por isso Jorge Figueiredo Dias adverte:

A verdadeira função da culpa no sistema punitivo reside efectivamente numa incondicional proibição de excesso; a culpa não é fundamento da pena, mas constitui o seu pressuposto necessário e o seu limite inultrapassável: o limite inultrapassável por quaisquer considerações ou exigências preventivas – sejam de prevenção geral positiva de integração ou antes negativa de intimidação, sejam de prevenção especial positiva de socialização ou antes negativa de segurança ou de neutralização. A função da culpa, deste modo inscrita na vertente liberal do Estado de Direito, é, por outras palavras, a de estabelecer o máximo de pena ainda compatível com as exigências de preservação da dignidade da pessoa e de garantia do livre desenvolvimento da sua personalidade nos quadros próprios de um Estado de

---

poenam’). [...] O Estado – que não tem o direito de tratar suspeitos, indiciados ou réus como se culpados fossem (RTJ 176/805-806) – também não pode constrangê-los a produzir provas contra si próprios (RTJ 141/512). Aquele que sofre persecução penal instaurada pelo Estado tem, dentre outras prerrogativas básicas, o direito (a) de permanecer em silêncio, (b) de não ser compelido a produzir elementos de incriminação contra si próprio nem constrangido a apresentar provas que lhe comprometam a defesa e (c) de se recusar a participar, ativa ou passivamente, de procedimentos probatórios que lhe possam afetar a esfera jurídica, tais como a reprodução simulada do evento delituoso e o fornecimento de padrões gráficos ou de padrões vocais, para efeito de perícia criminal. Precedentes. – O exercício do direito contra a autoincriminação, além de inteiramente oponível a qualquer autoridade ou agente do Estado, não legitima, por efeito de sua natureza constitucional, a adoção de medidas que afetem ou restrinjam a esfera jurídica daquele contra quem se instaurou a ‘persecutio criminis’. Medida cautelar deferida.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 96.219-MC/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJE 15/10/2008. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=HC+96.219+MC+SP>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

<sup>233</sup> “[...] é possível, subsidiariamente, construir outro fundamento, de estatura infraconstitucional: com o acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, a execução provisória da pena passa a constituir, em regra exigência de ordem pública, necessária para assegurar a credibilidade do Poder Judiciário e do sistema penal. Vale dizer: ainda que não houvesse um fundamento constitucional direto para legitimar a prisão após a condenação em segundo grau – e há! –, ela se justificaria nos termos da legislação ordinária. Não é difícil demonstrar o ponto. O artigo 312 do Código de Processo Penal prevê três situações em que a decretação da prisão preventiva é justificada [...] Presentes essas hipóteses, pode o juiz decretar, em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, a prisão, desde que fundamentadamente. Pois bem. No momento em que se dá a condenação do réu em segundo grau de jurisdição, estabelecem-se algumas certezas jurídicas: a materialidade do delito, sua autoria e a impossibilidade de rediscussão de fatos e provas. Neste cenário, retardar infundadamente a prisão do réu condenado estaria em inerente contraste com a preservação da ordem pública, aqui entendida como a eficácia do direito penal exigida para a proteção da vida, da segurança e da integridade das pessoas e de todos os demais fins que justificam o próprio sistema criminal. Estão em jogo aqui a credibilidade do Judiciário – inevitavelmente abalada com a demora da repreensão eficaz do delito –, sem mencionar os deveres de proteção por parte do Estado e o papel preventivo do direito penal.” Id. Supremo Tribunal Federal. **HC 126.292**, Voto Min. Luis Roberto Barroso, em 17/02/2016; j. 17-2-2016, P, DJEde1752016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

Direito democrático. E a de, por esta via, constituir uma barreira intransponível ao intervencionismo punitivo estatal e um veto incondicional aos apetites abusivos que ele possa suscitar.<sup>234</sup>

Otimiza-se, assim, a ideia de que a culpa é pressuposto indispensável e limite intrasponível da pena, não precisando turvar a manifesta e exclusiva natureza preventiva dos fins penais com aportes – ainda que justificados – de justiça e de merecimento da pena. “Toda a pena que responda adequadamente às exigências preventivas e não exceda a medida da culpa é uma pena justa.”<sup>235</sup>

Nessa perspectiva de ideias que a individualização da pena, sob seu viés executivo, deve ser posta: franquiar autonomia<sup>236</sup> à teoria da pena, desgarrando-se das vicissitudes próprias que compõem e delimitam o conceito de crime, posto que, como verificado no presente estudo, correspondem a vetustos conceitos de pena atrelados umbilicalmente à culpabilidade, cujo *status* é de domínio do processo penalizador.

Por isso a significância do local de fala: localizar a penalogia na estrutura da dogmática penal é, ao mesmo tempo, reconhecer seu campo próprio de atuação, de modo a autonomizar seus discursos, sua forma de aplicação, execução e extinção, tudo a conformar a função constitucional da pena de prisão<sup>237</sup>.

## 2.2 A TEORIA AGNÓSTICA DA PENA: PROBLEMAS A SEREM SUPERADOS

<sup>234</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge. **Direito penal**. Parte geral. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra, 2012. t. I. p. 83-84. Em sentido contrário é a posição de Faria Costa, no que reconhece a culpabilidade como próprio fundamento da pena. FARIA COSTA, José de. **Noções fundamentais de direito penal**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2013. p. 373.

<sup>235</sup> FIGUEIREDO DIAS, op. cit., p. 84.

<sup>236</sup> Convencidos das lições de Juarez Tavares sobre o âmbito de alcance da culpabilidade – que desencadeia e vincula todas as etapas de individualização da pena – esclarece-se que a autonomia teórica da pena aqui identificada refere-se a sua unidade investigativa, com espaço científico delimitado e que não se presta a ser mero apêndice da teoria do delito no âmbito da dogmática penal.

<sup>237</sup> Segue-se nesta pesquisa a classificação estrutural da dogmática penal promovida por Salo de Carvalho: “O termo teoria da pena em sentido amplo – teoria da pena no singular – será referência para indicar uma das três teorias centrais que formam o sistema de direito penal, quais sejam, teoria da lei penal, teoria do delito e teoria da pena. Em sentido amplo, portanto, a teoria da pena se associa às demais teorias do direito penal. No entanto, a análise da teoria da pena é proposta a partir de uma visão metodológica em quatro etapas: (a) teorias da pena (em sentido estrito); (b) aplicação da pena; (c) execução da pena e (d) extinção da punibilidade. Como espécie do gênero, as teorias da pena (no plural) correspondem aos discursos de justificação das sanções em direito penal.” CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 49.

Do ponto de vista crítico do enfrentamento do processo punitivo (criminologia crítica), vertidos nos discursos de justificação penal, ganha significância para essa linha de pesquisa averiguar o eventual absentismo do constituinte de 1988 em apontar expressamente a(s) função(s) da pena de prisão.

Justo por essa razão torna-se relevante compreender os fundamentos de validade encampados pela teoria agnóstica da pena, com especial atenção para os fundamentos constitucionais e sua teleologia redutora<sup>238</sup>.

É preciso dizer que a referida teoria parte de alguns pressupostos centrais: 1) a pena tem fundamento político e não jurídico; 2) a função penal é eminentemente negativa, não se prestando a qualquer finalidade instrumentalizada pelos discursos penais, senão direcionada ao controle social; 3) a pena, na qualidade de instrumento da política, é um fenômeno incancelável; 4) a sanção penal, como ato político de coação contra dissidentes, é um fenômeno da realidade cultural que precisa ser contido (teleologia redutora)<sup>239</sup>.

Com essas coordenadas intelectivas, Salo de Carvalho sustenta a única finalidade possível atribuída à teoria:

Destes quatro pressupostos decorre a única finalidade possível de ser atribuída a um modelo agnóstico da pena: a contração do *protestas puniendi* (poder punitivo). Trata-se, pois, de uma teoria que, ao mesmo tempo em que nega a função de legitimação ou de fundamentação – exatamente por este motivo é adjetivada de negativa ou agnóstica –, reconhece a natureza política do fenômeno punitivo. E, como expressão da violência política, a pena, na perspectiva agnóstica, é incapaz de cumprir quaisquer funções ou exercer quaisquer finalidades positivas. A finalidade almejada pela teoria agnóstica não é realizada *pela* ou *com* a pena, mas por meio de instrumentos jurídicos de controle (dogmática consequente). Trata-se de um evidente equívoco ou de uma opção ideológica bastante clara fundamentar o direito penal a partir das finalidades designadas à pena. No entanto, para efetivação da democracia, a relação entre direito penal e pena deve ser de outra ordem, constituindo-se como uma relação de tensão na qual o direito exerce o papel de limitação da coação política (pena). Neste aspecto, a postura agnóstica apresenta-se como uma alternativa teórica capaz de propor, criar e potencializar instrumentos jurídicos, não necessariamente jurídico-penais, para minimizar a incidência negativa da sanção criminal na sociedade (dogmática redutora).<sup>240</sup> [Grifo no original].

<sup>238</sup> Esta é a posição inaugurada por Zaffaroni e presente em diversas de suas obras, cujos adeptos podem-se citar, entre outros: Nilo Batista, Salo de Carvalho, Ricardo Gloeckner, Augusto Jobim Amaral, Mariana Py Muniz Capellari, Rodrigo Duque Estrada Roig e, em certa medida, Juarez Cirino dos Santos.

<sup>239</sup> CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 151-152.

<sup>240</sup> CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 153.

A teoria agnóstica da pena surge, nessa perspectiva, como possibilidade efetiva de constrição dos excessos punitivos diante do visível fracasso das teorias positivas de justificação que, atribuindo alguma função expressa à pena, acabam por contribuir, inclusive, para deduzir um direito subjetivo público da tutela penalizadora do Estado<sup>241</sup>.

O não comprometimento com nenhuma finalidade atribuída pelas teorias da pena, principalmente proveniente das multifacetadas percepções que a atuação da experiência punitiva acarreta nos processos de criminalização e nos distintos agrupamentos sociais, indica a insustentabilidade da crença nas doutrinas de legitimação da pena. Daí porque, Salo de Carvalho<sup>242</sup>, reivindicando um olhar agnóstico à pena, destaca que o dever do pensamento crítico atual é de se afastar dos modelos ideológicos de revitalização da pena, mostrando-se avesso à falsa otimização propalada pelos discursos de unificação.

Em Tobias Barreto, a doutrina sintoniza a concepção política da pena analogicamente ao fundamento político da guerra: “[...] quem procura o fundamento jurídico da pena deve também procurar, se é que não encontrou, o fundamento jurídico da guerra”<sup>243</sup>. Bem por isso Eugenio Raúl Zaffaroni<sup>244</sup> ensina que, da mesma forma que numa guerra, o objetivo deve ser de salvar vidas humanas, a exemplo da missão da Cruz Vermelha.

Quanto ao seu fundamento filosófico, a teoria se propõe a desenvolver uma correção de rumos entre os fins e os meios, amalhando uma postura transvalorativa de desconstrução da lógica oposicionista entre bem e mal existente no ser condenado<sup>245</sup>.

Do diálogo entre a criminologia e a filosofia, permite-se compreender a opção dogmática pela ausência de funcionalidade da pena, porquanto o conjunto de princípios que informam o direito e o processo penal hodierno, ao estabelecer preferência pela exclusiva fixação de limites às formas punitivas, transvalora as finalidades históricos e reconhece a tendência do arbítrio estatal punitivo em suplantar os limites impostos pela legalidade. É

<sup>241</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen e AMARAL, Augusto Jobim do. **Criminologia e(em) crítica**. Curitiba: Champagnat; Porto Alegre: EDIPUCRS, 2013.

<sup>242</sup> CARVALHO, op. cit., p. 129.

<sup>243</sup> BARRETO, Tobias. O fundamento do direito de punir. In: \_\_\_\_\_. **Estudos de direito**. Campinas: Bookseller, 2000. p. 163-188. p. 163.

<sup>244</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl. La rinascita del diritto penale liberale o la “Croce Rossa” giudiziaria. In: GIANFORMAGGIO, Letizia (Org.). **Le regioni del galantismo**. Discutendo con Luigi Ferrajoli. Torino: Giappicheli, 1993. p. 393.

<sup>245</sup> Salo de Carvalho procura em Nietzsche a construção transdisciplinar da teoria agnóstica da pena, bem por isso, citando Pierre Klossowsky, explica que “[...] a transvaloração se baseia no fato de que, quanto mais o conhecimento dispõe de meios, menos importa a preocupação com o objetivo, com a finalidade. Pra tantos fins, tantos meios”. KLOSSOWSKY, Pierre. **Nietzsche e o círculo vicioso**. Rio de Janeiro: Pazulin, 2000. p. 168.



nesse sentido que a preocupação única passa a ser a redução de níveis desproporcionais de punição<sup>246</sup>.

Apresentadas as bases conceituais da doutrina agnóstica, torna-se curial projetar sua ideologia redutora de danos ao campo da dogmática constitucional. Daí exsurge o questionamento acerca de ter o constituinte de 1988 optado pelo silêncio eloquente no campo da funcionalidade penal. É dizer, o absentéismo constitucional da função penal conduziria ao entendimento de que, em verdade, estar-se-ia diante das premissas orientadoras da teoria agnóstica da pena.

Essa, de resto, é posição de Salo de Carvalho<sup>247</sup>, quando admoesta que o advento da Constituição de 1988 alterou o projeto sancionatório, sobretudo porque trouxe explicitamente princípios que tratam da sanção penal de modo diverso de como fora trazido pela reforma de 1984. E essa mudança, na visão do autor, é justamente de que a nova ordem jurídica é ausente de qualquer discurso de legitimação da pena.

A interpretação lógica do texto constitucional, justo pela ausência de uma posição expressa em responder *por que punir*, ao mesmo tempo em que não olvida de enunciar uma série de princípios relativos à forma de sanção e limites de punição, coloca em perspectiva o absentéismo constitucional sobre os discursos de justificação, cujos critérios seriam meramente limitativos à interpretação, aplicação e execução das penas<sup>248</sup>.

Com efeito, o autor prepara terreno interpretativo para o seguinte silogismo: a consequência do imbricamento no texto constitucional entre “[...] a ausência do discurso legitimador e a determinação de critério limitativos à interpretação, aplicação e execução é a projeção da política punitiva de redução de danos”<sup>249</sup>.

No mesmo sentido encontra-se a lição de Rodrigo Duque Estrada Roig<sup>250</sup>, quando constata que a Constituição de 1988, a despeito de trazer alguns preceitos criminalizadores, não se orientou pela tendência de legitimar a pena. Ao invés disso, as normas constitucionais posicionam-se, em regra, pela limitação ao poder de punir, de modo que se afigura constitucionalmente incompatível preconizar qualquer fundamentação à execução penal que esteja vinculada a finalidades por ela projetadas. Bem por essa linha de raciocínio o autor

---

<sup>246</sup> CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 353.

<sup>247</sup> Ibid., p. 259.

<sup>248</sup> Ibid., p. 259.

<sup>249</sup> Ibid., p. 260.

<sup>250</sup> ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal: teoria crítica**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 26.

conclui “[...] que as finalidades de retribuição e prevenção especial positiva não foram recepcionadas pela Constituição de 1988”<sup>251</sup>.

Destarte, os autores partem de uma interpretação lógico-jurídica robusta e inegavelmente bem construída, em que pese com ela não se possa concordar.

Uma postura crítica – assentada nas linhas diretivas do campo de pesquisa da presente dissertação – põe em debate, sob a ótica constitucional, a opção do constituinte originário por esse modelo teórico. Vale dizer, o sistema penal, em especial a pena de prisão, restaria reduzida à perspectiva de elidir danos? O processo desencadeador das justificativas punitivas seria responsável não apenas por reverenciar políticas criminais arbitrárias e de encarceramento em massa, como também habilitaria um modelo constitucional de abstenção funcional da pena?

Inicialmente, a postura agnóstica conduz a um fundamento político (de guerra) da pena, descartando sua natureza jurídica. Sucede que a pena, ainda que tenha uma base conceitual política – prescindir ou imprescindir, aplicar ou não aplicar, executar ou não executar – projeta valores (por que e como punir), como opções político-criminais que são vocacionados a determinadas finalidades. Levadas ao plano dogmático – e se compatibilizando formal e materialmente com o ordenamento jurídico posto – qualificam-se como normas jurídicas por excelência.

Dito de forma mais clara: a pena pode ter sua gênese política, mas o seu fundamento de validade deve ser jurídico, cuja legitimação dar-se-á com base na cadeia normativa e nos direitos e garantias fundamentais de um Estado de Direito<sup>252</sup>.

Qualquer posição diversa, num Estado de Direito, resvala para a retórica metajurídica, daí porque, embora a concepção teórica em exame advenha de notáveis juristas, descaracterizar a pena como elemento jurídico-normativo que é – com projeções inter, multi e transdisciplinares, é olvidar da ordem jurídica vigente, num verdadeiro apelo filosófico<sup>253</sup>.

<sup>251</sup> ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal: teoria crítica**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 26.

<sup>252</sup> “A vontade de dar leis como forma de controle é ambicionada por governantes sempre que o poder foge ao controle. Esses governantes se defrontam com a vontade moral de sociedade que é autônoma. Já a vontade jurídica, na medida em que é condicionada, impõe perguntar quais os fins a que se destinam.” GAUER, Ruth Maria Chittó. **A fundação da norma: para além da racionalidade histórica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009. p. 150.

<sup>253</sup> Carlos Alberto Elbert cunha a expressão “apelo filosófico” e identifica nas teorias filosóficas um aceno para reconstruir uma criminologia crítica, modelo este desenvolvido em alguns países centrais, na década de 1980, com enfoques abolicionistas. Esses modelos, diz Elbert, “[...] são uma busca às cegas, uma espécie de recurso desesperado, para ver se a criminologia aparece por meio da meditação transcendental, debaixo das pedras

Mais uma vez saindo do mundo das abstrações teóricas, apontar-se-á alguns fatores que problematizam a teleologia redutora de danos.

Em verdade, reduzir danos já se afigura como um fundamento inequívoco e humanitário da pena (próprio da ideia da limitação do poder de punir), cabendo averiguar como se daria essa projeção no campo prático.

Se reduzir danos é um fundamento político-penal, para ser posto em prática compreende-se que não se prescinde de dar finalidade aos seus postulados<sup>254</sup>: como reduzir danos? Ao projetar a defesa dos direitos fundamentais não interrompidos pela sanção penal cerceadora da liberdade de locomoção do indivíduo, garantindo-lhes, assim, viabilizar seus mais mezinhos direitos, não se estaria promovendo alguma finalidade extrínseca à evocada redução de danos?

O exercício prático se impõe: dentre os direitos alvitados pela LEP encontram-se a educação, saúde, assistência jurídica, assistência material e social<sup>255</sup>. Para além disso, o trabalho qualifica-se como dever social e condição de dignidade humana, de maneira a propiciar finalidades produtivas e pedagógicas<sup>256</sup>. Acrescentaria neste rol o direito de correspondência com o mundo externo, o direito ao voto e o direito à visita.

Em última análise, os ditos direitos não extraídos pela restrição da liberdade compõem um núcleo de condições propiciadoras ao mínimo existencial, componente indissolúvel do fundamento republicano da dignidade da pessoa humana<sup>257</sup>. Mas se pergunta: como viabilizar a promoção de tais direitos num sistema penal progressivo, voltado à inclusão dos indivíduos que dali – prisão – retornam à sociedade livre? Não haveria outra perspectiva além de reduzir danos nessa intrínseca cadeia teleológica? Mais ainda, qual a perspectiva que recai sobre

---

ou nos montes distantes”. ELBERT, Carlos Alberto. **Criminologia, ciência e mudança social**. Tradução de Ney Fayet Jr. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012. p. 170-171.

<sup>254</sup> Ruth Gauer compreende que “[...] o século XXI vê-se frente a desafios morais, éticos, intelectuais, entre outros. Tais desafios, no entanto, não permitiram que se abdicasse de problemáticas ainda não respondidas: se a fundação da norma nos faz pensar na ordem classificatória das relações de parentesco, ela também nos faz questionar a sua função organizadora. Seria possível pensar uma sociedade sem princípios normativos?” GAUER, Ruth Maria Chittó. **A fundação da norma: para além da racionalidade histórica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009. p. 150.

<sup>255</sup> Tratam-se dos seguintes dispositivos da LEP: “Art. 10, 40, 42 e 43 da LEP. 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm)>. Acesso em: 19 ago. 2017.

<sup>256</sup> Art. 28 da LEP: “O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva”. Ibid.

<sup>257</sup> Tais direitos e prestações matérias correspondem ao que Anabela Rodrigues chama de estatuto positivo de integração social do recluso, diferindo do estatuto negativo de defesa legal, que, trazido expressamente pela constituição, afirmam os direitos de liberdade por meio da limitação do poder de punir. RODRIGUES, Anabela de Miranda. **A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade: seu fundamento e âmbito**. São Paulo: IBCCRIM, 1999. p. 64.

indivíduos reclusos em saber que os sistemas de aprisionamento não se voltam para nada além de excluí-lo temporariamente da sociedade, mantidos minimamente seus direitos de dignidade? Como se explica que alguns (poucos) indivíduos privados de liberdade conseguem – ainda que precariamente, propiciados pelas condições de estudo, assistência jurídica, social e trabalho – voltar ao convívio social?

De fato, a redução de danos se impõe – e disso não há como se afastar – como garantia fundamental de higidez dos direitos e garantias fundamentais, sem embargo de atrelá-la a uma justificada razão de ser: perseguir a prevenção de crimes.

E é nessa linha intelectual que Alessandro Baratta enuncia uma política (negativa) de redução de danos:

*El primer orden de consideraciones está relacionado con el concepto sociológico de reintegración social. La reintegración social del condenado no puede perseguirse a través de la pena carcelaria, sino que debe perseguirse a pesar de ella, o sea, buscando hacer menos negativas las condiciones que la vida en la cárcel comporta en relación con esta finalidad. Desde el punto de vista de una integración social del autor de un delito, la mejor cárcel es sin duda, la que no existe. Pero los estudios sobre el clima social en la cárcel y los tests de evaluación elaborados para medirlo, ponen en evidencia una amplia escala en la cual, mirando los institutos carcelarios existentes en Europa y en EE.UU. ellos pueden ser dispuestos valorando su eficacia negativa sobre la oportunidad de reintegración social del condenado.<sup>258</sup>*

Ao tempo em que Alessandro Baratta<sup>259</sup> – assim como os teóricos da teoria agnóstica – inviabiliza o cotejo entre reintegração social e pena de prisão, indica que o ideal preventivo deve ser perseguido, apesar dela (prisão), buscando tornar as condições menos negativas da vida na prisão.

Em outras palavras, tal premissa nada mais revela que a postura teleológica de reduzir danos é, em última análise, de garantir direitos fundamentais propiciadores para reintegrar novamente na sociedade livre o indivíduo encarcerado.

Em corajosa crítica à posição agnóstica de Eugenio Raul Zaffaroni, Roberto Gargarella adverte:

<sup>258</sup> BARATTA, Alessandro. **Resocialización o control social**. Por un concepto crítico de “reintegración social” del condenado. Ponencia presentada en el seminario “Criminología crítica y sistema penal”. Comisión Andina Juristas y la Comisión Episcopal de Acción Social. Lima, del 17 al 21 de septiembre de 1990.

<sup>259</sup> Ibid.

*La respuesta republicana fundamentalmente crítica frente a posturas como las que juzga Zaffaroni, también se diferenciaría de la que sostienen autores como el profesor argentino. Ello, porque el objetivo del republicanismo penal no es la minimización de la violencia o el retiro del Estado, sino contribuir a la interacción social y al fortalecimiento de los vínculos interpersonales. Para el republicanismo, el aparato estatal en su totalidad – todas sus agencias, sin excepción – se justifican en la medida en que se comprometan en dicho objetivo. Desde este punto de vista un poder judicial/penal al servicio del retiro estatal no cumple apropiadamente con su tarea. Lo que al juez debe interesarle no es dejar en libertad al más vulnerable, al que es perseguido habitualmente por su pertenencia a un grupo estereotipado o marginado. No basta, desde este punto de vista, con echar de nuevo a la calle a aquel que en calle suele ser – y, previsiblemente, volverá a ser – perseguido y marginado, sino que se trata de bloquear la posibilidad de que lo siga siendo, de que siga siendo perseguido y marginado.<sup>260</sup>*

Com efeito, a ideia de reduzir danos parece menos uma questão conceitual e mais um jogo linguístico de palavras<sup>261</sup>.

Lado outro, para a hipótese de se admitir a pena desprovida de função, numa postura abruptamente negativa do modelo punitivo estatal – tudo invocado com base no absentismo do constituinte originário – convém admoestar para o que se entende ser o seu principal descuido teórico: potencializar as funções praticadas ilegitimamente na seara penitenciária brasileira e latino-americana. Em outras palavras, ao exortar o agnosticismo penal, num ambiente de práticas penitenciárias reveladoras do estado de coisas inconstitucionais de todos conhecidas, não apenas se deixa de projetar a força normativa (ao menos formalmente) de valores consagrados nas normas internas e externas – o que por si só fere o controle de constitucionalidade e de convencionalidade –, como legitima a cultura perfunctória de práticas de punições maciçamente neutralizadoras e arbitrárias que se revigoram sem contenções.

De fato, o não comprometimento com fins à tutela do aprisionamento de indivíduos que habitam o cárcere, permite instaurar um sentimento de omissão e uma cultura de discricionária punição, tão grave quanto a declaração infiel de funções jamais concretizadas.

<sup>260</sup> GARGARELLA, Roberto. De la injusticia penal a la justicia social. **Revista Nueva Doctrina Penal**, Buenos Aires, n. 2, p. 451-473, 2007. p. 455.

<sup>261</sup> O “jogo de linguagem” é expressão cunhada por Ludwig Wittgenstein, cuja obra *Investigações Filosóficas* é um dos marcos do “giro linguístico”, movimento hermenêutico da virada do século XIX. Lembra Bernardo Gonçalves Fernandes que “[...] com a tese dos ‘jogos de linguagem’, percebe-se que o significado de uma palavra ou expressão somente pode aparecer a partir da compreensão do seu uso em uma ‘forma de vida’, ou seja, em um contexto determinado, e não mais como especulação *a priori*. Desse modo, uma mesma expressão linguística poderá ser utilizada de forma diversa em situações distintas, adquirindo significações completamente diferentes. Dito de outra forma, não é a estrutura formal (forma gramatical) de uma palavra ou termo linguístico que define seu significado, mas antes sua forma de utilização em uma dinâmica concreta, chamada de ‘jogo de linguagem’”. FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 164-165. Para o tema ver: WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Tradução de Marcos G. Montagnoli. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

Para tentar esclarecer exemplificativamente: se o sistema entende que a pena deve ser de caráter retribucionista ou segregacionista, ela pode ser aplicada e aceita, tanto simbolicamente quanto normativamente, já que não há parametricidade constitucional determinando os rumos da pena de prisão<sup>262</sup>.

Nesse cenário, a ideia de pena agnóstica, meramente propiciadora de redução de danos, confunde-se com a ausência de atuação estatal em campo tão sensível à defesa de direitos humanos.

O abandono de qualquer funcionalidade à pena, ainda que simbolicamente, corresponde ao que Vera Regina de Andrade chama de legitimar a nudez da prisão, reduzida à condição crescente de “depósito, neutralização e extermínio de seres humanos”<sup>263</sup>.

E mais.

Se o modelo penal constitucional é absenteísta, enraizado teoricamente no agnosticismo da pena, também não é menos verdade que – assim como os métodos tradicionais de justificação da pena – não prosperaram eficazmente como discurso no desacreditado modelo penitenciário nacional.

Bem dizer, também, que a construção teórica das funções penais se regula por métodos multifacetados, mas que, nada obstante, ainda que com fundamentos e fins diversos, podem alcançar propósitos semelhantes.

Com esse entendimento, pode-se compreender a teoria materialista/dialética da pena, capitaneada, entre nós, por Juarez Cirino dos Santos<sup>264</sup>. Nela, a função (real) da pena é revelada pela produção social desigual do sistema penal, evidenciada na correspondência intrínseca entre o controle social penalizador e as relações produtivas.

O fator distintivo dessa teoria é de que, apesar de negar as funções preconizadas pelo sistema penal (componente negativo) – assim como o faz a teoria agnóstica – no que as denomina de funções declaradas ou manifestas, a teoria materialista/dialética, ao contrário da

<sup>262</sup> Passa por este entendimento a posição de Alberto Silva Franco. FRANCO, Alberto Silva et al. **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 35.

<sup>263</sup> A autora, seguindo idêntica posição firmada por Alessandro Baratta, compreende que a pena de prisão não se presta à função de ressocialização, entretanto, adverte que o processo de mitigação de danos - apesar da prisão, e contra a prisão - deve ser projetado a partir de uma releitura conceitual e ideológica de ressocialização, de maneira que adere ao conceito de reintegração social. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão**. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 353.

<sup>264</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008.

teorização agnóstica da pena, não desconhece as funções reais ou latentes da pena (componente agnóstico)<sup>265</sup>.

Bem por isso Ricardo Gloeckner e Augusto Jobim do Amaral reconhecem – embora procurem harmonizar as teorias materialista/dialética e agnóstica/negativa da pena – as restrições conceituais, metodológicas e jurídicas fomentadas por Juarez Cirino dos Santos<sup>266</sup> acerca da teoria agnóstica:

O resguardo que, todavia, perfaz o autor vai no sentido de rechaçar, sob o ponto de vista conceitual, o componente agnóstico da teoria, pois aparentemente demonstraria renúncia à cognição das funções reais do sistema penal, bem como desinteresse científico sobre aquelas ocultas, rompendo com a tradição histórica da *Criminologia Crítica*. Sob o viés metodológico, de sua parte, a teoria negativa/agnóstica da pena criminal descartaria o conceito de modo de produção da vida social, definidoras da articulação das forças produtivas matérias em determinadas relações de produção históricas. Ainda, por fim, desde as formas jurídicas, a teoria pareceria cancelar as dimensões de realidade e de ilusão das formas ideológicas de controle social nas sociedades de classes antagônicas.<sup>267</sup>

Juarez Cirino dos Santos<sup>268</sup> revela, na visão investigativa deste trabalho, um traço marcante do déficit jurídico de que se lhe acomete a teoria agnóstica: cancelar as dimensões de realidade e de ilusão que justificam a pena. Efeito que, como dito alhures, encontra-se em ordem a potencializar as funções praticadas ilegitimamente na seara penitenciária brasileira e latino-americana.

Digna de registro, portanto, a crítica de Juarez Cirino dos Santos:

<sup>265</sup> Em tom de conclusão, expõe o autor: “Assim, a pena criminal significa retribuição equivalente do crime nas sociedades capitalistas – fundadas no valor de troca medido pelo tempo (a) de trabalho social necessário, na economia e, por isso, (b) de liberdade pessoal suprimida, no Direito –, que não pode ser justificada pelas teorias preventivas isoladas ou unificadas da pena criminal, como valores de uso atribuídos à retribuição equivalente da pena criminal. Porém, não é possível ignorar: a pena como retribuição equivalente do crime exprime um Direito Penal desigual como programa de criminalização seletiva de marginalizados sociais do mercado de trabalho, orientado por indicadores sociais negativos (pobreza, desemprego etc.) que ativam estereótipos, preconceitos, idiosincrasias pessoais e todo o sistema ideológico internalizado dos agentes de controle social, cuja natureza emocional menos ou mais inconsciente contribui para deformar os mecanismos psíquicos dos protagonistas do sistema penal, excluindo ou reduzindo a função de critério de racionalidade atribuído à dogmática penal”. SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008. p. 476.

<sup>266</sup> A restrição de Juarez Cirino dos Santos à teoria agnóstica pode ser conferida quando apresenta o tópico “discurso crítico das teorias criminológicas”. Ibid., p. 472-475.

<sup>267</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen e AMARAL, Augusto Jobim do. **Criminologia e(em) crítica**. Curitiba: Champagnat; Porto Alegre: EDIPUCRS, 2013. p. 78.

<sup>268</sup> SANTOS, op. cit., p. 439.

Finalmente, do ponto de vista das formas jurídicas do poder político da relação capital/trabalho assalariado, a pura e simples negação das funções declaradas ou manifestas e a atitude agnóstica em face das funções reais ou latentes da pena criminal – que definem a teoria negativa agnóstica da pena criminal –, parecem cancelar as dimensões de realidade e de ilusão das formas ideológicas de controle social das sociedades de classes sociais antagônicas, com o abandono da crítica criminológica fundada na dialética das funções declaradas ou manifestas da ideologia penal – que legitimam o discurso oficial sobre crime e controle social – e das funções reais ou latentes do sistema penal – que garantem as relações sociais fundadas na separação força de trabalho/meios de produção das sociedades capitalistas.<sup>269</sup>

Esquadrinhados os problemas inerentes à postura agnóstica da pena, pode-se concluir que o silêncio constitucional não se deu projetado na negativa ou, melhor dizendo, na descrença de qualquer finalidade vertida à pena de prisão.

### 2.3 A REINVENÇÃO DA PRISÃO EM DAVID GARLAND

Desde a perspectiva de David Garland, os aparatos punitivos, estratificados na figura central do Estado (final do século XVIII ao XIX), foram instrumentalizando o controle social pela via emancipatória do poder de punir. Esse complexo processo de transformação social perpassa substancialmente pela mudança cultural, vetor indispensável para qualquer transformação no pensamento criminológico vigente.

A lógica punitivista da política do bem-estar social (*welfare state*), como é cediço, sofreu, na década de 70 do século passado, forte abalo com a crise do chamado previdenciário penal, cuja perspectiva de assunção estatal do compromisso de (re)inclusão social dos indivíduos marcou a cena dos países de origem anglo-saxã no pós-guerra do século XX.

Com rara lucidez, David Garland aponta os sinais da mudança ocorrida na Grã-Bretanha e nos EUA no aporte punitivista, pautados por estratégias político-criminais subjacentes às mudanças culturais:

Minha análise sugere que, muito embora as estruturas da justiça criminal tenham mudado significativamente nas últimas décadas, as mudanças mais importantes giraram em torno da representação cultural que lhes dá vida. Descrevo o surgimento

<sup>269</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008. p. 439.



de um novo controle de crime, que encarna um novo conceito de previdência penal, uma nova criminologia de controle e um modo econômico de tomada de decisões.<sup>270</sup>

O declínio do ideal de reabilitação, o ressurgimento de sanções retributivas e da justiça expressiva, a mudança no tom emocional da política criminal, o retorno da vítima, a proteção do público ao perigosismo penal, a politização penal e o novo populismo, a transformação do pensamento criminológico, a sociedade civil e a comercialização do controle do crime, o gerencialismo da criminalidade, a perpétua sensação de crise e a reinvenção da prisão formam, em sua ótica, o campo de análise dessa transformação social. E é nesse último dispositivo, a saber, a reinvenção da prisão, que se tomará mais acurada análise, de modo a cotejar os fundamentos da mudança no processo prisional dos países de matriz anglo-saxã com a política penitenciária dos países latino-americanos.

Não menos importante nesse contexto analítico é observar que o Brasil, assim como os países de gênese jurídica cunhados na *civil law* – seguindo passos inversos aos dados na década de 70 pela Grã-Bretanha e EUA – seguem um rumo copioso do modelo de prevenção (especial e geral) adotado como função do processo de penalização dos países europeus, com especial ênfase na política criminal alemã, desenvolvida com forte viés de reintegração dos indivíduos desviantes em detrimento justamente das políticas penais retributivas. Nesse diapasão, Salo de Carvalho anota:

A mudança no sistema punitivo nos Estados Unidos e Inglaterra durante os anos 1980 produziu um interessante fenômeno a ser avaliado que é o oposto movimento teórico e político-criminal nos países anglo-saxões e nos romano-germânicos. Isto porque no auge da crítica ao correccionalismo anglo-saxão, situação que incorporará o modelo do justo merecimento, na década de 1960, sobretudo na Alemanha, estabelece-se uma importante corrente teórica cuja centralidade das propostas é exatamente a substituição do modelo de pena centrado na retribuição à culpabilidade em prol da ação da perspectiva relativa voltada à tutela de bens jurídicos (prevenção geral negativa) e à ressocialização do condenado (prevenção especial positiva). Esta corrente teórica liderada por Roxin e que se consolidará com a redação do Projeto Alternativo de Código para a Alemanha (1966) será responsável pela incorporação das premissas de prevenção especial positiva na dogmática penal romano-germânica no momento em que este sistema apresentava notórios sinais de crise nos países anglo-saxões.<sup>271</sup>

<sup>270</sup> GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 38.

<sup>271</sup> CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 105.

Ao tratar do pensamento penal atual na América Latina, Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli<sup>272</sup> identificam que se realiza uma inquietante mistura ideológica, na qual se faz uso de uma ideologia proveniente do estado do bem-estar dos países desenvolvidos – a ideologia do tratamento –, tendo por consequência um perigoso hibridismo: os discursos positivistas, esgotados pela falta de alimentação dos países centrais, nos quais haviam sido descartados, revigoram-se com a idéia da pena como tratamento, comprometida evidentemente de ser posta em prática na América Latina, por óbvias razões financeiras.

Em profunda análise do modelo punitivo latino-americano, erigido sob os ideais iluministas eurocentristas, Carlos Alberto Elbert<sup>273</sup> projeta uma esquizofrenia racial entre o plano copioso das leis e a realidade cultural periférica, no que revela o pragmatismo reinante que põe em curso um recondicionamento da democracia com seu estilo hedonista: orientando-se no trato de situações complexas somente pela maior conveniência imediata, em que pese as consequências a longo prazo, especialmente as culturais. Ao ignorar que, quando as instituições ficam inseguras – marcadas por ilegitimidades, intrigas ou falcatruas – se promove a indiferença social, de modo que situações conflituosas desencadeiem a violência contestatória, destrutiva ou delitiva. Esse é o momento em que acaba o diálogo democrático declamado e vigora a depressão que antecipadamente se anunciava. É desse jeito que o controle formal acaba por ocupar o centro dessa luta paradoxal das democracias frágeis, como a ferramenta à qual se recorre para resolver pela raiz problemas sociais sem saída institucional. Lamentavelmente, se existe algo que está inexoravelmente demonstrado, é que o sistema penal não resolve problemas sociais, ao contrário, complica-os sempre que cai sob sua malha. O uso obcecado do controle social pela via punitiva “[...] é uma atitude irracional e profundamente antidemocrática que pretende legitimar-se como pretexto da defesa social”<sup>274</sup>.

Reunidas tão significantes informações de ordem cultural, tem-se que o fenômeno do controle social dos países periféricos reveste-se de ambiguidades que – depuradas pelo seu contexto histórico de absorção – explicam a deficiência da centralidade do modelo penalizante na figura reinventada da prisão. Dito de outra maneira, o controle penitenciário, como processo de justificação da pena pelo seu viés preventivo jamais saiu do papel; ou, num hercúleo esforço de declaração, apresenta-se maquiado por práticas isoladas de humanização que, em verdade, apenas pretendem legitimar um modelo normativo natimorto.

<sup>272</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 343.

<sup>273</sup> ELBERT, Carlos Alberto. **Novo manual básico de criminologia**. Tradução de Ney Fayet Jr. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 149.

<sup>274</sup> *Ibid.*, p. 149.

Num giro interpretativo das reais funções do controle prisional, em ordem a compreender a transposição cultural que perpassa as sociedades modernas, David Garland anuncia uma nova cultura do controle do crime e, no campo prisional, conceitua a reinvenção da prisão:

Em nítido contraste com a sabedoria convencional do período passado, a opinião dominante agora é a de que “a prisão funciona” – não como um mecanismo de reforma ou reabilitação, mas como instrumento de neutralização e de retribuição que satisfaz as exigências políticas populares por segurança pública e punições duras. Os anos recentes testemunharam uma notável reviravolta nos destinos da prisão. Esta instituição, com longa história de expectativas utópicas e de tentativas periódicas de reinvenção – primeiro como penitenciária, depois como reformatório e, mais recentemente, como estabelecimento correcional –, finalmente viu suas ambições reduzidas ao terreno da neutralização e da punição retributiva. No curso, porém, desta mudança de status, a prisão novamente se transformou. Ao longo de poucas décadas, ela deixou de ser uma instituição correcional desacreditada e decadente para se transformar em um maciço e aparentemente indispensável pilar da ordem social contemporânea.<sup>275</sup>

Nesse cenário falimentar das funções declaradas da pena de prisão, o controle penitenciário dos países de origem jurídica norteados pela *civil law* ganha nova colmatação que, decididamente, converge, senão copiosamente, mas estruturalmente, com o sistema punitivo anglo-saxão.

Nesse campo de ideias, deduz-se que a sociedade de controle invoca seus valores para legitimar funções latentes da pena de prisão, notadamente dirigidas ao que se sustenta ser um controle pelo segregacionismo disciplinar. O controle da penitência não mais se reveste de qualquer discurso oficial de legitimação da pena, nem mesmo se pode afirmar que a opção político-carcerária se instrumentaliza a partir de um significativo caráter retributivo, justo porque é mais vantajoso comprometer-se com o sentimento geral de vingança da sociedade através da segregação do que do castigo, que, em última análise, se afigura incompatível com o Estado de Direito.

Em outro giro, a ideia de neutralização encontra legitimação cultural sem que, abertamente, revigore técnicas de retribuição. Daí dizer que a política de controle penitenciário sequer almeja castigar os indivíduos depositados no cárcere, mas simplesmente inocuizá-los, neutralizá-los, segregá-los. Entretanto, do caráter perverso da mera exclusão pela segregação – reconhecidamente degradante – as prisões latino-americanas cumprem seu

---

<sup>275</sup> GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 59-60.

papel e, por vias oblíquas, carregam efeitos reflexos de castigo e sofrimento, numa verdadeira epopeia da inversão do discurso que a legitima, respondendo, destarte, aos anseios da sociedade.

Sem embargo do que pontuado, mais do que gerar sofrimento, a lógica neutralizadora proporciona, canaliza e, principalmente, instrumentaliza a produção organizada e em larga escala do crime e da miséria. Daí exsurge o poder da disciplina, que enreda o sistema penitenciário por práticas permanentes de punição, legitimando uma forma paralela de controle, seja pelas práticas disciplinares formais que campeiam o processo legal de execução da pena (processos administrativos disciplinares, regalias, visitas, liberação de bens de consumos, transferência de galerias, medicamentos, laudos criminológicos, triagens), seja pela dinâmica informal, consubstanciada na ausência da intervenção estatal na formação de processos marginais produtores de grupos, facções e organizações disciplinares que arregimentam o cárcere para a prática criminógena (Comando Vermelho, PCC, Manos, Brasas etc.).

Essa nova engrenagem que dá vida à moderna funcionalidade prisional, marcadamente como depósito inocuidador de indivíduos delinquentes, dissipa qualquer tentativa de promover o ideal da reintegração social e, nesse aspecto, revela sua atual semelhança nos dois lados do continente americano.

Na teoria, senão na prática, a prisão era representada como o último estágio de um processo contínuo de tratamento. Hoje, ela é concebida explicitamente como mecanismo de exclusão e controle. [...] A prisão é usada atualmente como um tipo de reservatório, uma zona de quarentena, na qual indivíduos supostamente perigosos são segregados em nome da segurança pública. [...] Como as penas pré-modernas de banimento e degredo, a prisão agora funciona como uma espécie de exílio, sendo o seu uso menos informado por um ideal de reabilitação e mais por um ideal que Rutheford chama de eliminativo. Como o gulag soviético ou o gueto urbano norte-americano, este exílio interno tem efeitos sociais e econômicos, assim como penalógicos. Nos EUA da atualidade, o sistema prisional abriga uma população maciçamente constituída de adultos em idade ativa cuja exclusão estrutural do mercado de trabalho é normalmente esquecida das análises econômicas e das estatísticas relativas ao desemprego. O encarceramento em larga escala funciona como um modo de posicionamento econômico e social, um mecanismo de zoneamento que segrega aquelas populações rejeitadas pelas decadentes instituições da família, do trabalho e da previdência, colocando-as nos bastidores da vida social.<sup>276</sup>

---

<sup>276</sup> GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 381-382.

Com efeito, ainda que não possa ser imediatamente transposto o modelo teórico delineado por David Garland, baseado numa racionalidade própria de raiz jurídica da *common law*, há aspectos da nova sociedade de controle – fortemente revelados por uma cultura punitivista – que encontram espaço de sustentação universal em inúmeras práticas (latentes) de controle penal, com inequívoco propósito de controle pela exclusão, vitimização e centralidade do cárcere como instrumento de neutralização dos delinquentes.

Essa é a hipótese da prisão reinventada, cuja ideia de centralidade do sistema punitivo se revela absolutamente compatível com a realidade penitenciária latino-americana: em sua função, revigora o previdenciarismo pela via da neutralização do indivíduo, assumindo-o, como prioridade penal, idêntico caráter de prevenção especial negativa e, na via reflexa, produzindo efeitos retributivos, de maneira a infligir castigo à massa carcerária.

### 2.3.1 Revivificação do previdenciarismo penal em David Garland

Para além de atestar a reinvenção da funcionalidade prisional, tão cara à presente dissertação, precisamente por expor a real função da pena de prisão, é possível admitir-se, em sentido conclusivo, que o salto iluminista do final do século XVIII – revestindo a pena de uma postura humanitária e positiva, largamente difundida em torno das políticas de reintegração do indivíduo –, nunca tenha sido posto decididamente em prática nos países ocidentais, desde o primeiro escalão à periferia mundial.

Desde um local de fala que se delimita nos EUA e na Grã-Bretanha, David Garland observa os desvios da política americana no ideal ressocializador, em nítida direção de um previdenciarismo de controle social.

A disseminada sensação de fracasso da política penal do *welfare state*, provocada em grande medida pelos altos índices de criminalidade nos anos 1970 e 1980, resultaria em vultosas críticas à habilidade do Estado em controlar o crime, bem assim colocava-se em interrogação a eficiência da justiça criminal<sup>277</sup>.

É desse cenário que surgiriam novas formas de criminologia, cujas prioridades em relação ao controle do crime se baseavam em uma nova compreensão sobre a ingerência estatal e não estatal nesse processo de controle da criminalidade. Apesar dessas

---

<sup>277</sup> GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 157.

transformações, nada foi mais imediato do que a criação de uma espécie de vácuo ideológico no âmbito da política criminal. De efeito, o correccionalismo e a reabilitação, em que pese não terem desaparecidos, tiveram suas ações completamente esvaziadas. No final da década de 1970, ao tempo em que se tornava constrangedor expressar apoio à política ortodoxa do previdenciarismo reformador, não existia um modelo alternativo habilitado para suprir essa lacuna. Como resultado, viu-se um período de confusas e tumultuosas atividades legislativas, cuja multiplicidade de políticas e programas inovadores contrastava com velhas práticas penais, no que marcava inegavelmente um novo e polêmico campo de controle criminal<sup>278</sup>.

Em verdade, a superficial estabilidade do sistema correccionalista ficou disfarçado, por boa parte do período pós-guerra, devido ao fato de que o programa reformista estava permanentemente em um processo de efetivação mais completa. Ocorre que os objetivos centrais que sustentavam o plano de reforma, tais quais as sentenças individualizadas, sentenças indeterminadas, classificação, programas de tratamento, “[...] nunca foram completamente implementados”<sup>279</sup>.

Assim como no Brasil do século XIX, afirma David Garland<sup>280</sup> que os proponentes dessas reformas se viram defrontados pela arcaica estrutura estabelecida em torno do sistema prisional, marcado pelo anacronismo, legalismo e retribucionismo.

Desse complexo campo de atuações, David Garland, como dito alhures, assenta os principais fatores que constituem e orientam a nova cultura de controle do crime, tendo na transformação do previdenciarismo penal um de seus principais elementos.

Com efeito, o ideal reabilitador é afastado por modalidades que, além de retributivas, evidenciam a prevenção pela neutralização e intimidação. Mesmo a reabilitação, antes pensada com enfoque no indivíduo, é redefinida com foco no controle do crime. Em outro giro: “[...] a reabilitação está cada vez mais inscrita num enquadramento de risco, e não no enfoque previdenciário”<sup>281</sup>.

Logo, a reabilitação não é mais tratada como o objetivo central do sistema e, mesmo as instituições marcadamente vocacionadas para esse desiderato, tais quais o livramento

---

<sup>278</sup> GARLAND, David. **A cultura do controle**: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 157.

<sup>279</sup> Ibid., p. 157.

<sup>280</sup> Ibid., p. 94.

<sup>281</sup> Ibid., p. 378.

condicional e a liberdade vigiada, são redirecionadas como mecanismos de punições e controle<sup>282</sup>.

Se por um lado David Garland expõe a sociedade, esse cenário de transformação das funções penais nos países anglo-saxões – que, em muitos aspectos, se confundem com a realidade latino-americana –, por outro, aparenta se comprometer com a revivificação de um programa máximo de prevenção especial positiva, percebido pelas políticas de reforma e correção do indivíduo<sup>283</sup>.

É desse ponto de vista que se inicia uma percepção distinta de revivificação do previdenciário penal como função constitucional da pena, mas que, nem por isso, deixa de se reconhecer a lógica estruturante que sempre permeou essas políticas criminais: a ausência de implementação ou arremedos de políticas de prevenção voltadas para inclusão dos indivíduos desviantes.

### 2.3.2 Programa propiciador de condições para reintegração social do indivíduo

Claus Roxin anota que o fracasso em dar efetividade às políticas públicas de ressocialização na Alemanha se deve, em boa medida, à falta de observação dos programas mínimos de reintegração do indivíduo, precisamente ao impor métodos reformadores ou correccionalistas, que se afastam dos fins objetivados pela reforma penal naquele país<sup>284</sup>.

Essa nova roupagem à função preventiva especial, programada em um mínimo de condições para reintegração social e dogmatizado no ápice da cadeia normativa, encontra partidários de inegável envergadura, bem assim, na mesma medida, depara-se com atentas

<sup>282</sup> GARLAND, David. **A cultura do controle**: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 378.

<sup>283</sup> Este é o entendimento de Salo de Carvalho quando esclarece que Garland “[...] é explícito em sustentar que o modelo punitivo do Estado do Bem-Estar Social estava imerso em política estatista progressista, baseada na desejável função de reintegrar criminosos e indivíduos desviantes”. CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 136. A nosso sentir, o autor não é explícito quanto ao nível de filiação a um programa de intervenção correccionalista ou de reforma. Todavia, aparenta reconhecê-la como existente, ainda que de forma caricaturada e em menor importância.

<sup>284</sup> Roxin, ainda assim, observa: “[...] *lo propio rige para las dificultades que resultan de la observación de que programas de (re)socialización bien pensados se han mostrado hasta ahora como fracasados. Tales reveses se deben en parte a la desatención a los puntos de vista que se acaban de exponer y, en parte también, a que el Derecho penal socializador se encuentra todavía en los comienzos de su realización. Los esfuerzos realizados hasta ahora en la República Federal han producido múltiples resultados alentadores*”. ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Madrid: Civitas, 1997. p. 96.

críticas que anunciam a revitalização de discursos deslegitimados, com especial esforço na reconfiguração da gramática correcionalista<sup>285</sup>.

É por isso mesmo que não se vai adiante sem distinguir os níveis de “ressocialização” convencionados doutrinariamente como programa máximo e mínimo. É isto que faz Cezar Roberto Bittencourt:

Modernamente, só se concebe o esforço ressocializador como uma faculdade que se oferece ao delinqüente para que, de forma espontânea, ajude a si próprio a, no futuro, levar uma vida sem praticar crimes. Esse entendimento configura aquilo que se convencionou chamar “tratamento ressocializador mínimo”. Afasta-se definitivamente o denominado objetivo ressocializador máximo, que constitui uma invasão indevida na liberdade do indivíduo, o qual tem o direito de escolher seus próprios conceitos, suas ideologias, sua escala de valores.<sup>286</sup>

Envidando esforços para a construção de um programa reorientador do conceito de reintegração social dos condenados, Ináki Rivera Beiras<sup>287</sup> esboça seu estratagema nas bases constitucionais do garantismo penal de Luigi Ferrajoli e no desenho teórico de Alessandro Baratta, posto em evidência no artigo intitulado *Ressocialización o Controle Social. Por un concepto critico de reitegracion social del condenado*<sup>288</sup>.

Em apertada síntese, Alessandro Baratta<sup>289</sup> sustenta que qualquer passo que se possa envidar para tornar menos dolorosas as condições de vida no cárcere deve ser olhado com respeito e fielmente orientado pelo direito das pessoas detidas, proveniente de uma vontade

---

<sup>285</sup> Esta é a inegável posição de Salo de Carvalho, no que registra que “[...] o *mainstream* das ciências criminais, preso à tradição iluminista das doutrinas de justificação, mesmo reconhecendo as suas crises tendem a enfrentar a convocação da complexidade de forma reativa. Assim, como visto anteriormente, as novas narrativas, mesmo confrontadas com o cenário de crise, acabam readequando antigas fórmulas. Dentre os principais modelos contemporâneos, o proposto por Garland talvez represente de forma mais evidente os impasses teóricos da penologia. Com o evidente objetivo de resgatar o projeto político-criminal que desdobra das doutrinas de prevenção especial positiva, Garland cria dois tipos ideias com finalidade de comparar as alternativas à crise dos discursos de legitimação: modernismo e pós-modernismo penal. O pressuposto de sua técnica de análise é o da dúvida sobre a efetiva validade e relevância da crítica pós-moderna, para pensar questões relativas ao crime, à opinião, à criminologia e à penologia”. CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 70. No mesmo sentido é a posição de Zaffaroni e Pavarini.

<sup>286</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1. p. 143.

<sup>287</sup> RIVERA BEIRAS, Ináki. **La cuestión carcelaria**: historia, epistemología, derecho y política penitenciaria. 2. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2009. p. 472.

<sup>288</sup> BARATTA, Alessandro. **Resocialización o control social**. Por un concepto crítico de “reintegración social” del condenado. Ponencia presentada en el seminario “Criminología crítica y sistema penal”. Comisión Andina Juristas y la Comisión Episcopal de Acción Social. Lima, del 17 al 21 de septiembre de 1990.

<sup>289</sup> Ibid.



radical e humanitária, que não se preste a ser um reformismo tecnocrático, mas que legitime finalidades e funções de melhoramento da instituição carcerária em seu todo.

Partindo desse entendimento, Iñaki Rivera Beiras<sup>290</sup> sustenta um programa propiciador de reintegração social que, desde seu nascedouro, se orienta pela redução da pena de prisão.

Sem embargo, o autor propõe um novo marco jurídico para a execução penal, forte no princípio da legalidade da execução penal, de modo a promover sua efetiva jurisdicionalização, no que denomina como um marco jurídico-garantista básico para o desenvolvimento do programa<sup>291</sup>. Combinado a isso, preconiza um conjunto de medidas urgentes para uma drástica redução, a curto prazo, dos elevados níveis de encarceramento, no que destaca as medidas alternativas à pena de prisão (suspensão da execução da pena, indultos, livramento condicional etc.). Lado outro, sustenta a inviabilidade de manter encarcerados presos enfermos e mulheres com filhos no cárcere<sup>292</sup>.

No plano arquitetônico do regime prisional, Iñaki Rivera Beiras<sup>293</sup> adverte que a prisão, para produzir metas reintegradoras, não pode se validar em prisões de segurança máxima, cuja reclusão se fortalece no pernicioso isolamento celular, justo porque corresponde a finalidades exclusivamente neutralizadoras e incapacitantes, de modo a corromper qualquer programação reintegradora.

Não menos importante nesse processo reformador é a necessária transformação nas práticas e procedimentos dos operadores penitenciários, bem como promover mecanismos de denúncia permanentes da vulneração dos direitos humanos no cárcere, com forte apelo à participação integrada da sociedade civil nesse processo, especialmente com a abertura do cárcere para outras realidades e instituições<sup>294</sup>.

Dentro dessa perspectiva, afigura-se inaceitável manter em atividade programas penitenciários instrumentalizados na ideologia correcional e do tratamento, que se imiscuem pela modificação da conduta e no alijamento da livre escolha de valores, erigidos pela governança disciplinar do cárcere.

---

<sup>290</sup> RIVERA BEIRAS, Iñaki. **La cuestión carcelaria**: historia, epistemología, derecho y política penitenciaria. 2. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2009. p. 472.

<sup>291</sup> Ibid., p. 472.

<sup>292</sup> Ibid., p. 476.

<sup>293</sup> Ibid., p. 478.

<sup>294</sup> Ibid., p. 479.

Assiste razão ao autor, destarte, quando afirma que “[...] *los objetivos de orden y gobierno disciplinario de la cárcel se van erigiendo, deste modo, en los pilares sobre los cuales se articulan la mayoría de las atividades ‘terapêuticas’*”<sup>295</sup>.

Por fim, Iñaki Rivera beiras, sintetiza essa programação redutora de danos e prospectora de inclusão dos condenados:

*En primer lugar, se constata la necesidad de que los programas – no de “resocialización”, sino de “reintegración” – se dirijan tanto a detenidos (para lo cual se habrá de trabajar en el interior de la cárcel), como a sus familias y/o entorno sociales (los que supondrá un trabajo en el exterior de la cárcel). Se debe prestar una especial atención a estos segundos tipos de intervenciones, las cuales devem servir para mejorar las condiciones sociales, económicas, de vivienda, de escolarización de los hijos, etc., de estos familiares de los reclusos, pues es allí donde, en la mayoría de los casos, se reintegrará el condenado. Por lo tanto, deviene necesario un cambio radical en el trabajo de los operadores sociales penitenciarios y extra-penitenciarios, cambio que debe tener por meta fundamental la mejora de las condiciones de vida sin pretensiones ideológicas de ninguna especie. Y ello puede ser logrado si los programas y servicios son independientes del contexto punitivo-disciplinario.*<sup>296</sup>

Promovendo releitura ao conceito de ressocialização, Vera Regina de Andrade<sup>297</sup> afirma que, de todas as terminologias usadas indistintamente para se referir às ideologias “res”, a que menos traz problemas é a “reintegração social”, conceito decididamente preferível à “ressocialização” e à “tratamento”, que, na linha de Alessandro Baratta<sup>298</sup>, pressupõe um papel passivo do apenado e um ativo das instituições.

Entrementes, o plano conceitual e ideológico desenhado pela autora – que segue nitidamente a posição teórica de Alessandro Baratta – parte da deslegitimação da pena de prisão e sinaliza para um minimalismo penal como meio para o abolicionismo.

Nesse contexto, a relegitimação da reintegração social do indivíduo condenado como função penal assume um papel de abertura da prisão e, mesmo não a reconhecendo, corrobora para que o cárcere seja o menos pior possível, sob pena de legitimá-la como pena idônea<sup>299</sup>.

<sup>295</sup> RIVERA BEIRAS, Iñaki. **La cuestión carcelaria**: historia, epistemología, derecho y política penitenciaria. 2. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2009. p. 485-486.

<sup>296</sup> Ibid., p. 486.

<sup>297</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia**: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 353.

<sup>298</sup> Ibid., p. 353.

<sup>299</sup> Ibid., p. 354.

Anabela Rodrigues<sup>300</sup>, saindo em defesa do primado da reinserção social, destaca que a transformação do conceito é desejável, dada a insuficiência e o permanente aprimoramento do sistema, o que não se deve confundir com a sua própria negação.

Com isso, a autora afasta uma antiga, mas não absolutamente abandonada, concepção de prevenção especial positiva pela ideologia do tratamento ou da correção, cujo resultado é reduzir o ser humano à condição material inferior, coisificando-o. Daí porque qualquer forma de (re)adaptação coativa revela-se incompatível com o texto constitucional<sup>301</sup>.

Por outro lado, atendente aos valores emanados da Constituição, Anabela Rodrigues<sup>302</sup> indica que (re)inserção corresponde a dotar o ser humano de autonomia, de modo que a execução da pena não prescinde de sua participação.

E dessa perspectiva que a autora define seu conceito de reinserção social, notadamente imbuído de um duplo viés: defesa da sociedade e salvaguarda da dignidade do indivíduo recluso. Sob o ponto de vista do delinquente, a função de reinserção promovida pelo Estado cinge-se a facultar condições de seu retorno à sociedade<sup>303</sup>.

Em Thierry Pech<sup>304</sup> compreende-se a teoria da pena neutra, de modo que a transformação do condenado já não deve ser mais resultado de uma ação social imposta ao indivíduo recluso, mas de uma dinâmica subjetiva de renascimento do indivíduo, reapropriando-se do seu destino pelos atos espontâneos de sua vontade. É nesse sentido que a prisão já não mais se prestaria à sujeição de seus custodiados, nas mais mezinhas formas de exercício de poder (trabalho forçado, isolamento prolongado, domínio do tempo prisional do apenado). Ao contrário disso – e aqui o mais significativo para a nova concepção de reintegração social do indivíduo – a função estatal no cumprimento da pena de prisão, para reordenar essa vontade, deve se cingir ao papel de ofertar condições para as performances de cada indivíduo. Com efeito, a instituição carcerária não apenas não mais se reveste da condição de ator principal da pena, como se coloca em ordem a ajudar o condenado a investir nesse espaço que, em última instância, é transcender à pena.

Para Roberto Bergalli, a natureza da prevenção especial que se pretende praticar no universo penitenciário se desenvolve mediante o tratamento durante o período de reclusão

---

<sup>300</sup> RODRIGUES, Anabela de Miranda. **A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade**: seu fundamento e âmbito. São Paulo: IBCCRIM, 1999. p. 68.

<sup>301</sup> Ibid., p. 71.

<sup>302</sup> Ibid., p. 71.

<sup>303</sup> Ibid., p. 84.

<sup>304</sup> PECH, Thierry. Neutralizar a pena. In: GARAPON, Antoine; GROS, Frédéric; PECH, Thierry. **Punir em democracia**: e a justiça será. Lisboa: Instituto Piaget, 2001. p. 140-166. p. 140.

prisonal, dirigindo-se, com efeito, a corrigir, melhorar ou suprir as carências e defeitos de personalidade do condenado, descobrindo, assim, as causas geradoras da conduta criminosa. Sucede que a contradição paradigmática exsurge no papel simbólico que o constitucionalismo social destacou à pena de prisão: entre a finalidade preventiva especial de natureza correccionalista e a finalidade de ressocialização no sentido da reintegração no ambiente social, essa última deve ser o autêntico caminho de cumprimento da função penal: “[...] *através de actuar como preparación del recluso para la vida futura en libertad*”<sup>305</sup>.

#### 2.4 A TEORIA DIALÉTICA DA PENA DE CLAUS ROXIN

Conforme será visto quando da análise dos métodos formais preconizados – tanto pela abordagem da legislação de regência pátria, quanto dos tratados internacionais que delimitam as funções da pena –, diversas legislações foram fortemente influenciadas pela teoria de Claus Roxin, sobretudo nos países que constroem sua identidade jurídica nas tradições da *civil law*.

Isso porque, conforme informa Salo de Carvalho<sup>306</sup>, no ápice da crise do correccionalismo anglo-saxão, no que proporcionaria uma virada ideológica para uma funcionalidade neorretribucionista da pena nesses países, estabeleceu-se, especialmente na Alemanha da década de 1960, uma importante corrente doutrinária centrada na proposta de substituição dos modelos punitivos alicerçados na retribuição à culpabilidade, pelo modelo de proteção de bens jurídicos e voltados à ressocialização do apenado.

Essa corrente, justamente liderada por Claus Roxin, se consolidara na redação do Projeto Alternativo de Código para a Alemanha de 1966, sendo responsável pela inserção das funcionalidades penais de prevenção especial positiva na dogmática penal romano-germânica, a despeito dos visíveis sinais de crise dessas políticas criminais nos países anglo-saxões<sup>307</sup>.

A posição teórica proposta pelo mestre alemão denominou-se de teoria dialética da pena, precisamente por preconizar um modelo misto à função da pena, com lastro na prevenção especial e geral, tendo na culpabilidade o pressuposto e limite da pena.

<sup>305</sup> BERGALLI, Roberto. Las funciones del sistema penal en el estado constitucional de derecho, social y democrático: perspectivas socio-jurídicas. In: \_\_\_\_\_ (Coord.). **Sistema penal y problemas sociales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003. p. 54-78. p. 54.

<sup>306</sup> CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 105.

<sup>307</sup> *Ibid.*, p. 105.

Nas palavras de Claus Roxin melhor se elucida o conceito teórico:

*La teoría penal aquí defendida se puede resumir, pues, como sigue: la pena sirve a los fines de prevención especial y general. Se limita en su magnitud por la medida de la culpabilidad, pero se puede quedar por debajo de este límite en tanto lo hagan necesario exigencias preventivo especiales y a ello no se opongan las exigencias mínimas preventivo generales.*<sup>308</sup>

Segundo a teoria, culpabilidade e prevenção limitam-se, portanto, reciprocamente e devem assim ser compreendidas: necessidades preventivas jamais podem fundamentar a pena quando inexistir culpabilidade. Lado outro, a culpabilidade de uma pessoa igualmente não se revela suficiente para legitimar a pena, enquanto essa não seja indispensável do ponto de vista preventivo<sup>309</sup>. Daí a ampliação do conceito de culpabilidade para responsabilidade.

Para Eduardo Demétrio Crespo<sup>310</sup>, no moderno direito penal preventivo, as razões dominantes de seu discurso são de caráter preventivo e para a proteção de bens jurídicos, sem embargo de, ao mesmo tempo, acompanhado de grande maioria doutrinária, servir como fundamento e limite da pena baseada na culpabilidade do autor. Devido a essa contradição insustentável, foi necessário, tanto pela doutrina, quanto sistematicamente, encontrar uma nova fundamentação ao princípio da culpabilidade, de modo a arrostar a reprovação ínsita à culpabilidade, cujo signo e marca é a retribuição penal, com pressuposto na necessária existência do livre-arbítrio.

Não menos importante é mencionar que a construção teórica do conceito de responsabilização penal – que se põe em perspectiva de reestruturar a teoria do delito – dá nova e mais abrangente roupagem à condição analítica de culpabilidade, cujo norte epistêmico se invoca na teoria dos fins da pena, de modo a validar, vincular e motivar as políticas criminais do legislador que, desse ponto de partida, deve orientar a sua interpretação<sup>311</sup>.

<sup>308</sup> ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. Madrid: Civitas, 1997. p. 103.

<sup>309</sup> Id. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. Prefácio do autor à tradução brasileira.

<sup>310</sup> DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Culpabilidad y fines de la pena: con especial referència al pensamiento de Claus Roxin. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 66, jul. 2009. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6173](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6173)>. Acesso em: 08 maio 2017.

<sup>311</sup> ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Op. cit., p. 93.

Com efeito, a ideia de responsabilidade como fator desencadeante da pena não elimina a culpabilidade<sup>312</sup>, senão a trata como pressuposto indispensável de toda pena, em ordem a se harmonizar com os fins preventivos penais (especial e geral), de tal maneira que a culpabilidade e as necessidades preventivas se limitem reciprocamente, e, conjuntamente, cedam lugar à responsabilidade pessoal do indivíduo<sup>313</sup>.

Dessa premissa constata-se: se a ideia subjacente à culpabilidade, inaugurada na noção de retribuição, regravava-se pela rigidez intransponível na definição da sanção – que, por sua vez, correspondia exatamente ao grau de culpa –, ao agregar as funções preventivas de ressocialização e tutela de bens jurídicos, Claus Roxin realinha o conceito de culpabilidade aos novos movimentos político-criminais em desenganada renúncia ao retribucionismo<sup>314</sup>.

Ao arrostar qualquer função retributiva dada à pena, notadamente proveniente da zona nevrálgica do (meta)conceito de culpabilidade, Claus Roxin promove um giro conceitual na teoria da culpabilidade de Reinhard Frank, assentada na ideia de reprovabilidade<sup>315</sup>.

Em verdade, o autor expõe os vínculos da culpabilidade com a sanção sob dois enfoques: culpabilidade como justificação do fim retributivo da pena e como limitação da imposição penal.

Nessa linha de perspectivas Claus Roxin esclarece o sentido expiatório da culpabilidade:

*Hasta el presente, el concepto de culpabilidad ha venido cumpliendo dos funciones prácticas diversas que deben separarse estrictamente y valorarse de un modo absolutamente distinto. La primera función sirvió para justificar la teoría que veía el fin de la pena en la retribución. Una tal retribución, entendida como imposición de un mal adecuado a la culpabilidad, supone lógicamente la existencia de una culpabilidad que puede ser compensada (anulada, expiada). De este modo la*

<sup>312</sup> A nova concepção de culpabilidade proposta por Roxin, é importante registrar, não passou despercebida de críticas, conforme se observa da lição de Zaffaroni: “Desde el ángulo funcional sistémico, Roxin ha construido su implicación de la política criminal en el sistema del derecho penal y creemos que sus consecuencias más graves aparecen al desarrollar su concepto de culpabilidad, que queda altamente confundido con la punibilidad, pues al derivarla de la teoría de los fines de la pena, la distinción deviene casi imposible.” ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Hacia un realismo jurídico penal marginal**. Caracas: Monte Avila Editores Latinoamericana, 1993. p. 80.

<sup>313</sup> ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Madrid: Civitas, 1997. p. 204.

<sup>314</sup> CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 176.

<sup>315</sup> Nilo Batista desenvolve indispensável reflexão sobre o tema: BATISTA, Nilo. Cem anos de reprovação. In: BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André (Org.). **Cem anos de reprovação**: uma contribuição interdisciplinar para a crise da culpabilidade. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 161-180.

*culpabilidad tiene un efecto perjudicial para el acusado, legitimando el mal que se le impone.*<sup>316</sup>

Sem embargo, ao confrontar a funcionalidade retributiva da pena com os valores emanados de um Estado de Direito, Claus Roxin adverte que essa teoria, além de insustentável cientificamente, é prejudicial sob o ponto de vista político-criminal<sup>317</sup>.

Projetar a culpabilidade do ilícito cometido pelo delinquente num critério punitivo de compensação e pagamento de dívida através da função retributiva da pena é irracional e incompatível com os fundamentos teóricos de uma democracia<sup>318</sup>.

Demais disso, a concepção de culpabilidade como sinônimo de reprovabilidade, de resto incorporada pela dogmática alemã do século passado, revelou-se no fator decisivo de aferição da quantidade da pena<sup>319</sup>.

Para essa concepção fora dada o nome de bilateral, justo porque consolidada na ideia de que a pena pressupõe culpabilidade e, por outro, que a culpabilidade é compensada, de forma retributiva, pela imposição da pena<sup>320</sup>.

Anota Salo de Carvalho<sup>321</sup> que a ligação biunívoca estabelecida entre a pena e a culpabilidade causaria uma espécie de autolegitimação recíproca, fundamentada na ideia de retribuição, de modo a se extrair o seguinte aforisma: não há pena sem culpabilidade e a culpabilidade se redime na pena.

Nesse diapasão, temos que a culpabilidade se qualifica como próprio fundamento da pena, enraizada fortemente na teoria do delito, a serviço (teórico e prático) do regular funcionamento do sistema penal em curso em grande parte dos países ocidentais.

Por isso o mérito da teoria dialética ao observar que o juízo definitivo de culpabilidade deve ser valorado a partir de um juízo de responsabilidade, tudo com base na necessidade da sanção penal. Se a pena for desnecessária sob a ótica preventiva, não se lhe impõe; se o fato

---

<sup>316</sup> ROXIN, Claus. **Culpabilidad y prevencion en derecho penal**. Traductor: Muñoz Conde. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1981. p. 43.

<sup>317</sup> Ibid., p. 43.

<sup>318</sup> Ibid., p. 44.

<sup>319</sup> CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 174.

<sup>320</sup> Ibid., p. 174-175.

<sup>321</sup> Ibid., p. 175.

praticado for de pequena relevância, embora não insignificante, a pena pode, inclusive, ser extinta<sup>322</sup>.

Nessa linha de entendimento, Claus Roxin não apenas abandona o sentido retributivista da pena como instrumentaliza a teoria da margem de liberdade. Vale dizer, a adequação da pena à culpabilidade dispõe de uma margem de liberdade quando da pena a ser imposta, dentre desse espectro da culpabilidade, de modo a satisfazer somente as necessidades de prevenção especial, porquanto, mesmo que aplicada em seu grau mínimo, a pena já indica sua suficiência sob a perspectiva de prevenção geral, entendida pelo autor como prevenção geral integradora<sup>323</sup>.

Com efeito, a teoria proposta sinaliza para hipóteses em que ainda que a pena seja aplicada no seu grau mínimo, nos limites da culpabilidade, poderia causar efeitos dessocializadores, de modo que, por razões de prevenção especial positiva, restaria plenamente possível aplicá-la abaixo do mínimo atribuído pela culpabilidade<sup>324</sup>.

Bem por isso Claus Roxin adverte, em atenta análise da dogmática alemã, que a lei usualmente obriga levar em consideração as necessidades preventivas limitadas à culpabilidade. Entretanto, sustenta o autor que o §46, inciso 1º, sec. 2ª, StGB, permite, em situações excepcionais, aplicar uma pena abaixo do correspondente grau de culpabilidade quando a mesma se revelar deletéria à socialização do apenado, tendo como limite indispensável a proteção do ordenamento jurídico<sup>325</sup>.

Em síntese de conclusão do conceito de margem de liberdade, Claus Roxin indica que a prevenção especial positiva deve ter prioridade sob a prevenção geral, extraindo sua linha intelectual da premissa de que – diversamente do que inserto no §2º AE [Projeto Alternativo] – no §59, inciso 2º, AE, a “reintegração do agente” está topologicamente inserida antes da “proteção do ordenamento jurídico”. Nesse sentido, deve-se ter em mente que, ao determinar a pena, no que for possível, prevalecerá a prevenção especial, antes da geral. Assim: “[...] o

---

<sup>322</sup> TAVARES, Juarez. Culpabilidade e individualização da pena. In: BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André (Org.). **Cem anos de reprovação: uma contribuição interdisciplinar para a crise da culpabilidade**. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 121-152. p. 129.

<sup>323</sup> Ibid., p. 129.

<sup>324</sup> CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 178-179.

<sup>325</sup> ROXIN, Claus. La determinacion de la pena a la luz de la teoria de los fins de la pena. In: \_\_\_\_\_. **Culpabilidad y prevencion en derecho penal**. Traductor: Muñoz Conde. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1981. p. 117.



máximo de ressocialização possível; o máximo de prevenção geral necessário, porém ambos aquém do grau de culpabilidade do fato delituoso em que se insere o caso individual”<sup>326</sup>.

Santiago Mir Puig conceitua a teoria da margem de liberdade de Claus Roxin da seguinte forma:

*Por su parte, Roxin entiende que la pena adecuada a la culpabilidad, punto de partida del sistema de medición de la pena del código alemán, es la correspondiente a la prevención general positiva, y que la misma es inferior a la que permitiría la prevención general negativa. Roxin llama a la prevención general positiva prevención general compensadora o integradora socialmente, mientras que denomina prevención general intimidatoria a la negativa. La prevención general compensadora o integradora, que se contenta con el mantenimiento del orden jurídico y de la afirmación de la fe en el derecho, se consigue respetando el límite de la culpabilidad. En cambio, la prevención general intimidatoria permitiría ir más lejos, porque supone la tendencia a elevar la pena para conseguir su objetivo, “una tendencia al terror penal”. El profesor de Munich se manifiesta contrario a esta prevención intimidatoria y admite, en cambio, la prevención integradora, que es la que respeta el límite de la culpabilidad. Por otra parte, Roxin admite que en el caso concreto pueda imponerse una pena inferior a la adecuada a la culpabilidad y, por tanto, a la prevención general integradora, si dicha pena pudiera resultar disocializadora y contraindicada preventivo-especialmente. Sin embargo, ello tiene un límite: el de que la pena no resulte insuficiente para la «defensa del orden jurídico. Esta defensa mínima del orden jurídico supone, para Roxin, la última forma de prevención general, su límite último de contención.<sup>327</sup>*

Jorge Figueiredo Dias<sup>328</sup>, elucidando a teoria dialética de Claus Roxin, ainda que com ressalvas, manifesta a consonância entre a sua proposta de prevenção integral e os fins exclusivamente preventivos defendidos pelo autor alemão.

O autor português sustenta que a concepção de Claus Roxin, assim como o seu ponto de vista, apregoa com exclusividade as finalidades de prevenção geral e especial; porém, mesmo abandonando a ideia de retribuição penal, deixa de reconhecer – muito menos minimizar – a importância do princípio da culpabilidade na construção do fato típico e na aplicação da pena. Nesse sentido, a culpa é – e não poderia deixar de ser – pressuposto e limite insuperável da pena. Nada impede, entretanto, que a medida da pena seja fixada aquém

<sup>326</sup> ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Madrid: Civitas, 1997. p. 98.

<sup>327</sup> MIR PUIG, Santiago. Función fundamendadora y función limitadora de la prevención general positiva. In: RAMIREZ, Juan Bústos (Org.). **Prevención y teoría de la pena**. Santiago do Chile: Editorial Jurídica Cono Sur Ltda., 1995. p. 49-58. p. 55.

<sup>328</sup> Importante frisar que Figueiredo Dias diverge em dois momentos em relação à teoria de Roxin. Primeiro, sua teoria de prevenção integral compreende a justificação das quatro finalidades preventivas (geral – positiva e negativa; especial – positiva e negativa), cujo ponto de partida é a prevenção geral de integração; segundo, em aberta crítica, não admite que a função de prevenção geral positiva possa ser posta abaixo de um mínimo de proteção da tutela subsidiária dos bens jurídicos, situação na qual perderia qualquer resquício de finalidade. FIGUEIREDO DIAS, Jorge. **Direito penal**. Parte geral. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra, 2012. t. I. p. 63-64 e 82-83.

do limite máximo, uma vez que se torne necessária sob o ponto de vista da prevenção especial, bem como não se oponha às exigências mínimas de prevenção geral, consubstanciada nas necessidades intransponíveis de tutela do ordenamento jurídico<sup>329</sup>.

Analisada detidamente a construção da teoria dialética da pena de Claus Roxin, será observado se a mesma se revelou influente na dogmática penal brasileira, bem assim, a partir dos próximos tópicos, se se apresenta harmônica com a Constituição Federal de 1988.

## 2.5 MODELO FORMAL – PRECONIZADO

A Constituição Federal de 1988, pródiga na guarnição de direitos e garantias, posicionou-se, no âmbito do cumprimento das penas, abertamente pela consecução de fins humanitários.

É nessa linha principiológica que o art. 5º abarca um conjunto de garantias penais, valendo destacar os seguintes incisos: XLVII – não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis; XLVIII – a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado; XLIX – é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral; L – às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação.

Demais disso, o art. 5º, inciso XLVI da CF determina que a lei regulará a individualização da pena e, ato contínuo, expõe um rol exemplificativo de sanções a serem observadas pelos aplicadores do direito, seja na seara legislativa, executiva ou judicial.

Sucedo que, ainda que se tenha o dispositivo em questão como norma constitucional de eficácia limitada<sup>330</sup> – posto que delega à legislação infraconstitucional a individualização

---

<sup>329</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge. **Direito penal**. Parte geral. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra, 2012. t. I. p. 63-64 e 82-83.

<sup>330</sup> Variadas são as classificações quanto à eficácia das normas constitucionais, bem assim as críticas que recaem sobre elas. Nada obstante, para efeito de entendimento deste trabalho, será seguida a classificação sustentada por José Afonso da Silva, que inclusive, é usualmente adotada pelo STF. SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998.

do processo penalizador – o constituinte originário manteve-se silente e nada mencionou explicitamente acerca da funcionalidade da pena, em especial, à pena de prisão<sup>331</sup>.

### 2.5.1 Plano interno

Com efeito, coube, no âmbito interno, à legislação ordinária definir o fundamento e a função da pena. Nesse sentido, a Lei nº 7.210/84 (LEP), legislação anterior à nova ordem constitucional em vigência, porém por ela recepcionada, toma posição acerca das funções da pena:

#### Do Objeto e da Aplicação da Lei de Execução Penal

Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.<sup>332</sup>

Já o art. 59 do Código Penal, com redação dada pela Lei nº 7.209/84, previu o que segue:

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: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984.<sup>333</sup>

O Decreto nº 6.049/07, que é o Regulamento Penitenciário Federal, tratando da Lei nº 11.671/08, enuncia, no art. 99, que o contato externo é requisito primordial no processo de reinserção social do preso, que não deve ser privado da comunicação com o mundo exterior

<sup>331</sup> Leciona Pedro Lenza que, a despeito do art 5º, 1º, da CF/88, anunciar que as normas definidoras de direitos e garantias constitucionais têm aplicação imediata: “[...] *trata-se de regra que naturalmente comporta exceções trazidas pelo constituinte originário*”. LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 8. ed. São Paulo: Método, 2005. p. 470.

<sup>332</sup> 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm)>. Acesso em: 19 ago. 2017.

<sup>333</sup> Id. **Lei nº 7.209**, de 11 de julho de 1984. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1980-1988/L7209.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7209.htm)>. Acesso em: 19 ago. 2017.

na forma adequada e por intermédio de recurso permitido pela administração, preservada a ordem e a disciplina do estabelecimento penal federal<sup>334</sup>.

A Lei nº 12.106/09 cria, no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas e dá outras providências e acentua, no art. 1º, inciso IV, como atribuição “[...] fomentar a implementação de medidas protetivas e de projetos de capacitação profissional e reinserção social do interno e do egresso do sistema carcerário”<sup>335</sup>. [Grifo nosso].

Ainda, o Decreto nº 7.626/11 institui o Plano Estratégico de Educação no âmbito do Sistema Prisional, revelando, entre suas diretrizes: “[...] art. 3º [...] inciso I – promoção da reintegração social da pessoa em privação de liberdade por meio da educação”<sup>336</sup>.

### 2.5.2 Plano externo

Sem embargo, no plano externo, diversos diplomas convencionais ou não convencionais são integrados formalmente no ordenamento jurídico pátrio.

Seguindo classificação extraída de Flávia Piovesan<sup>337</sup>, separam-se os instrumentos internacionais ratificados pelo Brasil em nível de proteção global ou regional interamericano.

No âmbito global de proteção do Direito Internacional dos Direitos Humanos destacam-se as seguintes normativas que indicam ou fazem menção à função ou funções prioritárias à pena:

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Resolução 217-A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10.12.1948 e assinada pelo Brasil em

<sup>334</sup> BRASIL. **Decreto nº 6.049**, de 27 de fevereiro de 2007. Aprova o Regulamento Penitenciário Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/decreto/d6049.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6049.htm)>. Acesso em: 19 ago. 2017.

<sup>335</sup> Id. **Lei nº 12.106**, de 2 de dezembro de 2009. Cria, no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/112106.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112106.htm)>. Acesso em: 19 ago. 2017.

<sup>336</sup> Id. **Decreto nº 7.626**, de 24 de novembro de 2011. Institui o Plano Estratégico de Educação no âmbito do Sistema Prisional. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/decreto/d7626.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7626.htm)>. Acesso em: 19 ago. 2017

<sup>337</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e direito constitucional internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 7-8.

10.12.1948, expressa, no art. V, que “[...] ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante”<sup>338</sup>. [Grifo nosso].

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, adotado pela Resolução 2.200-A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 06.12.1966 e promulgado pelo Brasil pelo Decreto nº592 de 06.07.1992, cujo art.10, inc.3º informa que “[...] o regime penitenciário consistirá num tratamento cujo objetivo principal seja a reforma e a reabilitação normal dos prisioneiros. Os delinquentes juvenis deverão ser separados dos adultos e receber tratamento condizente com sua idade e condição jurídica<sup>339</sup>. [Grifo nosso].

As Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos, adotadas pelo Primeiro Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, realizado em Genebra, em 1955, foram aprovadas pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas através das suas Resoluções 663 C (XXIV), de 31 de julho de 1957, e 1976 (LXII), de 13 de maio de 1977. A Resolução 663 C (XXIV) do Conselho Econômico e Social evidencia que:

A prisão e outras medidas que resultam na separação de um criminoso do mundo exterior são dolorosas pelo próprio fato de retirarem à pessoa o direito de autodeterminação, por a privarem da sua liberdade. Logo, o sistema penitenciário não deve, exceto pontualmente por razões justificáveis de segregação ou para a manutenção da disciplina, agravar o sofrimento inerente a tal situação.

O fim e a justificação de uma pena de prisão ou de uma medida semelhante que priva de liberdade é, em última instância, de proteger a sociedade contra o crime. Este fim só pode ser atingido se o tempo de prisão for aproveitado para assegurar, tanto quanto possível, que depois do seu regresso à sociedade, o criminoso não tenha apenas a vontade, mas esteja apto a seguir um modo de vida de acordo com a lei e a sustentar-se a si próprio.

Nesta perspectiva, o regime penitenciário deve fazer apelo a todos os meios terapêuticos, educativos, morais, espirituais e outros e a todos os meios de assistência de que pode dispor, procurando aplicá-los segundo as necessidades do tratamento individual dos delinquentes.

O regime do estabelecimento deve procurar reduzir as diferenças que podem existir entre a vida na prisão e a vida em liberdade na medida em que essas diferenças tendam a esbater o sentido de responsabilidade do detido ou o respeito pela dignidade da sua pessoa.

Antes do termo da execução de uma pena ou de uma medida é desejável que sejam adotadas as medidas necessárias a assegurar ao recluso um regresso progressivo à vida na sociedade. Este objetivo poderá ser alcançado, consoante os casos, por um regime preparatório da libertação, organizado no próprio estabelecimento ou em outro estabelecimento adequado, ou por uma libertação condicional sob um controlo que não deve caber à polícia, mas que comportará uma assistência social.

<sup>338</sup> Para análise hermenêutica do indigitado artigo, ver item 3.3.4.2.

<sup>339</sup> ONU. **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**. Disponível em: <<http://www.un.org/es/documents>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

O tratamento não deve acentuar a exclusão dos reclusos da sociedade, mas sim fazê-los compreender que eles continuam fazendo parte dela. Para este fim, há que recorrer, na medida do possível, à cooperação de organismos da comunidade destinados a auxiliar o pessoal do estabelecimento na sua função de reabilitação das pessoas. Assistentes sociais colaborando com cada estabelecimento devem ter por missão a manutenção e a melhoria das relações do recluso com a sua família e com os organismos sociais que podem ser-lhe úteis. Devem adoptar-se medidas tendo em vista a salvaguarda, de acordo com a lei e a pena imposta, dos direitos civis, dos direitos em matéria de segurança social e de outros benefícios sociais dos reclusos.<sup>340</sup> [Grifo nosso].

Das regras mínimas de 1955 sucederam-se variadas resoluções que modificam e complementam o referido documento.

Nesse diapasão, destacam-se os princípios básicos para o tratamento de prisioneiros, previstos no Anexo da Resolução 45/111, da Assembleia Geral:

Todos os prisioneiros devem ter o direito de participar de atividades culturais e educacionais voltadas para o pleno desenvolvimento da personalidade humana.

Devem-se fazer esforços e incentivar a abolição do confinamento em solitária como punição, ou restringir o seu uso.

Condições devem ser criadas para permitir que os prisioneiros realizem trabalhos remunerados significativos, que facilitem sua reintegração no mercado de trabalho do país e que permitam contribuir para o seu próprio sustento financeiro e de seus familiares.<sup>341</sup> [Grifo nosso].

Das Recomendações do Seminário intitulado “Justiça Criminal: o desafio da superpopulação prisional”, realizado em San José, de 3 a 7 de fevereiro de 1997, enfatiza-se a reintegração social do infrator por meio do incentivo ao trabalho dentro e fora das unidades carcerárias:

5. Os Estados-Membros devem solicitar ao Secretário-Geral que promova e adote, em conjunto com os Estados-Membros requerentes, medidas para privatizar prisões especiais, de modo que forneçam segurança, bem-estar e reintegração social dos prisioneiros, uso lucrativo do trabalho prisional e oportunidades de emprego para prisioneiros após sua liberação.

[...]

7. Os Estados-Membros devem explorar a possibilidade de adotar estratégias para envolver empresas privadas em programas de reabilitação social nas prisões com a

<sup>340</sup> ONU. **Regras mínimas para tratamento dos reclusos.** Disponível em: <[http://www2.camara.leg.br/atividade\\_legislativa/comissoes/comissoespermanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/RegMinTratRec.html](http://www2.camara.leg.br/atividade_legislativa/comissoes/comissoespermanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/RegMinTratRec.html)>. Acesso em: 22 jun. 2017.

<sup>341</sup> Id. **Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión.** Disponível em: <<http://www.un.org/es/documents>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

criação de empresas e microempresas para incentivar o investimento no treinamento profissional de prisioneiros, a criação de empregos dentro das prisões e a reintegração de ex-prisioneiros na força de trabalho, garantindo assim a completa aplicação dos princípios de reintegração social e a reabilitação de ex-prisioneiros dentro da força de trabalho dos países.<sup>342</sup> [Grifo nosso].

Já o Tribunal Penal Internacional (TPI), criado em 17 de julho de 1998, com sede em Haia (Holanda), no intuito de processar e julgar os crimes mais graves contra a humanidade, iniciou suas atividades em 2003. O Brasil é signatário do referido Tratado, bem assim o teve internalizado após promulgação do Decreto 4.388/02, que assim entoa sua finalidade penal.

Reconhecendo que crimes de uma tal gravidade constituem uma ameaça à paz, à segurança e ao bem-estar da humanidade;

Afirmando que os crimes de maior gravidade, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto, não devem ficar impunes e que a sua repressão deve ser efetivamente assegurada através da adoção de medidas em nível nacional e do reforço da cooperação internacional;

Decididos a pôr fim à impunidade dos autores desses crimes e a contribuir assim para a prevenção de tais crimes.<sup>343</sup> [Grifo nosso].

Há de se lembrar, também, dos princípios básicos do uso de programas de justiça restaurativa em questões criminais, intuído pelo Anexo da Resolução 2002/12, do Conselho Econômico Social, o qual enfatiza que “[...] a justiça restaurativa é uma resposta evoluída ao crime que respeita a dignidade e igualdade das pessoas, gera compreensão e promove a harmonia social recuperando vítimas, infratores e comunidades”<sup>344</sup>. [Grifo nosso].

Cita-se, outrossim, as Regras Mínimas Padrão das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas Não Privativas de Liberdade (Regras de Tóquio) – Anexo da Resolução 45/110, da Assembleia Geral, que acentua especialmente a função de prevenção especial positiva, por meio de métodos voltados à reintegração e ao tratamento do infrator:

<sup>342</sup> OEA. **Justiça criminal: o desafio da superpopulação prisional**. Realizado em San José, de 3 a 7 de fevereiro de 1997. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/RegMinTratRec.html>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

<sup>343</sup> BRASIL. **Decreto nº 4.388**, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4388.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm)>. Acesso em: 22 jun. 2017.

<sup>344</sup> ONU. **Princípios básicos do uso de programas de justiça restaurativa em questões criminais, intuído pelo Anexo da Resolução 2002/12, do Conselho Econômico Social**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/27fa43cd9998bf5b43aa2cb3e0f53c44.pdf>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

1.5 Os Estados-Membros devem desenvolver em seus sistemas jurídicos medidas não privativas de liberdade para proporcionar outras opções e assim reduzir a utilização do encarceramento e racionalizar as políticas de justiça criminal, levando em consideração a observância aos direitos humanos, as exigências da justiça social e as necessidades de reabilitação dos infratores.

[...]

9.1 As autoridades competentes têm à sua disposição uma ampla gama de medidas substitutivas relativas à aplicação das penas visando evitar a prisão e ajudar o infrator a reintegrar-se rapidamente na sociedade.

9.2 As medidas relativas à aplicação das penas incluem, entre outras:

[...]

10.1 A supervisão tem por objetivo diminuir os casos de reincidência e facilitar a reintegração do infrator na sociedade de modo a reduzir ao máximo as oportunidades de reincidência.

[...]

10.3 Em relação à determinada medida não privativa de liberdade, convém estipular o regime de supervisão e tratamento mais adaptado ao infrator visando ajudá-lo em sua correção. Este regime deve ser periodicamente examinado e revisto.

10.4 Os infratores deverão, se necessário, receber assistência psicológica, social e material e oportunidades para fortalecer os vínculos com a sociedade para facilitar sua reintegração.

[...]

12.2 Estas condições devem ser práticas, precisas e no menor número possível e devem visar evitar a reincidência e aumentar as oportunidades de reintegração social do infrator, levando também em consideração as necessidades da vítima.

### 13. Processo de tratamento

13.1 No caso de uma medida não privativa de liberdade específica, devem-se desenvolver vários projetos, como estudos de caso, terapia de grupo, programas de alojamento e tratamento especializado às várias categorias de infratores, visando responder mais eficientemente às necessidades destes últimos.

13.2 O tratamento deve ser efetuado por especialistas com formação e experiência prática adequadas.

13.3 Quando se decide que um tratamento é necessário, deve-se fazer um esforço para compreender o histórico, a personalidade, as aptidões, a inteligência e os valores do infrator e, especialmente, as circunstâncias que o conduziram à infração.

13.4 A autoridade competente pode envolver a coletividade e sistemas sociais de apoio para aplicação das medidas não privativas de liberdade.

[...]

### 16. Treinamento de pessoal

16.1 O objetivo do treinamento deve ser o de esclarecer ao pessoal suas responsabilidades quanto à reabilitação do infrator, assegurando seus direitos e protegendo a sociedade. O treinamento deve também permitir ao pessoal a compreensão da necessidade de cooperação e coordenação com órgãos interessados.

[...]

### 18. Compreensão e cooperação por parte do público

[...]

18.3 Todas as formas e meios de comunicação de massa devem ser utilizados para criar uma atitude pública construtiva, levando a atividades que conduzam a uma



aplicação mais ampla do tratamento não privativo de liberdade e à integração social dos infratores.<sup>345</sup> [Grifo nosso].

Em 22 de maio de 2015, as Nações Unidas promoveu ampla revisão nas regras mínimas de tratamento dos reclusos de 1955, adotando-a como as Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos, e a denominando como “Regras de Mandela”.

O novel diploma, com o objetivo de promover condições humanitárias de encarceramento, de conscientizar para o fato de que os presos são membros permanentes da sociedade, reforça e consolida os principais diplomas internacionais que discorrem sobre as condições prisionais, destacando o caráter não vinculante das regras e postulando que os Estados-partes as tenham como norte em seus sistemas jurídicos.

Bem verdade, entretanto, que no campo da finalidade das penas, em que pese o guia inicial de considerações promovida pelas Regras de Mandela serem taxativos quando afirmam que “[...] as pessoas privadas de liberdade devem manter seus direitos humanos irrevogáveis e todos os demais direitos humanos e liberdades fundamentais; e recordando que a reabilitação social e a reintegração das pessoas privadas de liberdade devem ser objetivos principais do sistema de justiça criminal, assegurando, na medida do possível, que os infratores sejam capazes de levar uma vida autossuficiente, com respeito às leis, ao retornarem à sociedade”<sup>346</sup>, manteve incólume as regras 3 e 4, as quais trataremos com maior atenção quando da abordagem do item 3.3.4.2.

Em nível regional, destacam-se os seguintes diplomas:

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica) de 22 de novembro de 1969, promulgado pelo Brasil pelo Decreto Lei nº 678/92, onde estabelece, em seu art. 5º, 6, que “[...] as penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados”<sup>347</sup>. [Grifo nosso].

As Regras Penitenciárias Europeias, através da Recomendação REC(2006)2 do Comitê de Ministros dos Estados Membros, comprometem-se com o que segue:

<sup>345</sup> ONU. **Regras mínimas para tratamento dos reclusos**. Disponível em: <[http://www2.camara.leg.br/atividade\\_legislativa/comissoes/comissoespermanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/RegMinTratRec.html](http://www2.camara.leg.br/atividade_legislativa/comissoes/comissoespermanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/RegMinTratRec.html)>. Acesso em: 22 jun. 2017.

<sup>346</sup> Ibid.

<sup>347</sup> OEA. **Convenção Americana de Direitos Humanos** (Pacto de São José da Costa Rica). Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>. Acesso em: 22 jun. 2017.

Pondo em evidência a execução das penas privativas de liberdade e a guarda de reclusos impõem que sejam satisfeitas exigências gerais especiais de segurança, mas devem simultaneamente garantir condições de reclusão que não lesem a dignidade humana e oferecer ocupações construtivas, bem como programas de tratamento destinados a preparar a reinserção do social dos reclusos na sociedade.<sup>348</sup> [Grifo nosso].

Ademais, a referida Convenção aponta como princípio fundamental que “[...] a reclusão deve ser orientada no sentido de facilitar a reintegração na sociedade livre”<sup>349</sup>.

A Declaração de Kampala sobre as condições prisionais na África, ocorrida em setembro de 1996 e formalizada pelo Anexo da Resolução 1997/36 do Conselho Econômico Social da ONU, determina que “[...] os prisioneiros tenham acesso à educação e treinamento de suas habilidades para facilitar sua reintegração na sociedade após sua soltura”<sup>350</sup>.

Os princípios e boas práticas para proteção das pessoas privadas de liberdade das Américas, Resolução 01, de março de 2008, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), reafirma como um de seus *standards* que “[...] as penas privativas de liberdade terão como finalidade essencial a regeneração, a readaptação social e a reabilitação pessoal dos condenados; a ressocialização e a reintegração familiar; e a proteção das vítimas e da sociedade”<sup>351</sup> [Grifo nosso].

Nessa esteira, importante mencionar que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), em 2011, divulgou relatório sobre os direitos humanos das pessoas privadas de liberdade nas Américas e, em suas conclusões, destacou acerca das finalidades da pena:

O objetivo da privação de liberdade: conteúdo e alcance do artigo 5.6 da Convenção Americana 605. Artigo 5.6 da Convenção afirma que “*A privação de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e reabilitação social dos condenados*”. Esta disposição é uma norma com alcance e conteúdo cujo cumprimento efetivo significa que os Estados devem tomar todas as medidas necessárias para atingir esses fins. Em termos semelhantes, o artigo 10.3 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos estabelece que: “*O regime penitenciário comportará*

<sup>348</sup> CONSELHO da Europa. **Recomendação REC(2006)2 do Comitê de Ministros dos Estados Membros.** Regras penitenciárias europeias. Disponível em <<https://rm.coe.int/16804c2a6e>>. Acesso em: 18 ago. 2017.

<sup>349</sup> Ibid.

<sup>350</sup> ONU. **Declaração de Kampala sobre as condições prisionais na África, ocorrida em setembro de 1996 e formalizada pelo Anexo da Resolução 1997/36 do Conselho Econômico Social da ONU.** Disponível em: <[www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/.../f4e6423c5499f6517ec15db4a4750b80.pdf](http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/.../f4e6423c5499f6517ec15db4a4750b80.pdf)>. Acesso em: 18 ago. 2017.

<sup>351</sup> OEA. **Princípios e boas práticas para proteção das pessoas privadas de liberdade das Américas.** Resolução 01, de março de 2008, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). Disponível em: <<http://cidh.oas.org/pdf%20files/principios%20port.pdf>>. Acesso em: 18 ago. 2017.

*tratamento o objetivo essencial será a reforma e reinserção social dos prisioneiros [...]”.* 606. Assim mesmo, de acordo com as informações fornecidas por esses Estados que responderam ao questionário enviado por ocasião deste relatório, as Constituições da Bolívia (artigo 74), Equador (artigo 201), El Salvador (27,3), Guatemala (artigo 19), México (artigo 18), Nicarágua (artigo 19), Panamá (artigo 28), Paraguai (artigo 20), Peru (seção 139,22), Uruguai (artigo 26) e Venezuela (seção 272) atribuem expressamente às penas privativas de liberdade fins congruentes com os estabelecidos no direito internacional dos direitos humanos.<sup>352</sup> [Grifo nosso].

É de ser ver, portanto, que há um certo consenso, tanto no plano interno, quanto no plano externo sobre a priorização de finalidades de prevenção especial positiva para a pena privativa de liberdade.

## 2.6 MODELO INFORMAL – PRATICADO: A SIMBIOSE ENTRE A PENA E A SANÇÃO DISCIPLINAR

Desde a abordagem histórica do nascimento da pena de prisão no Brasil, concebida no século XIX, já se desnudava o rompimento dos valores universais preconizados com a ordem jurídica estabelecida. Esse processo de deslegitimação da pena de prisão põe em prática o verdadeiro *modus operandi* do sistema punitivo.

Se até a virada do século XVIII a pena impunha sua mais deliberada e ostensiva função, o castigo através dos suplícios, cujo ritual reunia, em uma só vez, o excesso calculado do sofrimento do indivíduo e a manifestação do poder que pune<sup>353</sup> a prisão latino-americana dos séculos XX e XXI, a despeito de acompanhar em sua ínsita natureza uma forte carga de castigo, não impulsiona a concluir que tenha sido por opção política (silenciosa) do legislador<sup>354</sup>.

<sup>352</sup> Considerando que a proteção internacional dos direitos humanos não se limita aos mecanismos convencionais, os relatórios publicados pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) qualificam-se como legítimos instrumentos de pressão para que os Estados-partes adotem medidas aptas a reverter o quadro de desrespeito aos direitos humanos. Neste sentido, ver: PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e direito constitucional internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 210-219 e 230-236.

<sup>353</sup> “O suplício repousa na arte quantitativa do sofrimento. Mas não é só: esta produção é regulada. O suplício faz correlacionar o tipo de sofrimento físico, a quantidade, a intensidade, o tempo dos sofrimentos com a gravidade do crime, a pessoa do criminoso, o nível social das vítimas. [...] O suplício, mesmo se tem como função ‘purgar’ o crime, não reconcilia; traça em torno, ou melhor, sobre o próprio corpo do condenado sinais que não devem se apagar; a memória dos homens em todo caso, guardará a lembrança da exposição, da roda, da tortura, ou do sofrimento devidamente constatados.” FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 26. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1997. p. 31-32.

<sup>354</sup> Christiane Russomano Freire é precisa quando aprofunda a ideia de castigo como instituição social: “A primeira reflexão diz com o fato de que a expressiva confiança depositada pelos agentes da Segurança

Considerando o notório descaso dos governantes frente ao Sistema Penitenciário Nacional, cujo consectário é o fortalecimento da “escola” do crime nesses ambientes de custódia, aliado ao forte crescimento do chamado crime organizado (para qual o aparelho de segurança nacional não acompanhou tal evolução), não restou alternativa senão – dentro de um contexto de políticas penais instantâneas, de respostas à sociedade – apresentar mecanismos punitivos por exclusão, ou, como se denomina neste estudo, por segregação disciplinar, apto a alijar o indivíduo do seio social, tendo no cárcere um verdadeiro depósito humano.

Sucedo que essa aparente neutralização por meio da privação de liberdade encontra no cárcere um processo de transformação, cujo ingrediente para essa metamorfose é o poder disciplinar.

A ideia pode ser exposta da seguinte maneira: por um lado, se o campo de controle disciplinar idealizado por Michel Foucault – a partir da sociedade disciplinar do século XIX – não mais pode ser subsumido às vicissitudes do cárcere do século XXI; por outro, permanece viva a ideia central de controle social pelo verniz disciplinar, ainda que com uma nova roupagem<sup>355</sup>.

Vale dizer, as técnicas penitenciárias pós-modernas, diversas dos mecanismos tradicionais de adestramento apregoados por Michel Foucault, revigoram-se, internamente, pela normalização e normatização dos mecanismos punitivos; externamente, espalha-se para o

---

Pública na eficácia do castigo aparece essencialmente quando a assertiva ou interrogação o apresenta de forma ampla, isto é, sem identificação com qualquer modalidade específica de punição. Logo, é possível supor que as respostas a estas questões são motivadas por uma percepção do castigo como entidade social abstrata e atemporal, não objetivada, ou seja, não ‘coisificada’ numa imagem de algo concreto, no caso a pena de prisão”. FREIRE, Christiane Russomano. **As representações sociais da punição entre policiais civis, militares e gestores penitenciários do Estado do Rio Grande do Sul**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014. p. 230.

<sup>355</sup> Não há dúvidas sobre a singularidade do trabalho de Michel Foucault acerca do poder disciplinar, cuja importância se revigora de forma empírica no universo prisional latino-americano. Confirma-se essa assertiva na seguinte passagem tirada da obra *Microfísica do Poder*: “Mais rigorosamente: a partir do momento em que as coações disciplinares tinham que funcionar como mecanismos de dominação e, ao mesmo tempo, se camuflar enquanto exercício efetivo de poder, era preciso que a teoria da soberania estivesse presente no aparelho jurídico e fosse reativada pelos códigos. Tem-se, portanto, nas sociedades modernas, a partir do século XIX até hoje, por um lado, uma legislação, um discurso e uma organização do direito público articulados em torno do princípio do corpo social e da delegação de poder; e por outro, um sistema minucioso de coerções disciplinares que garanta efetivamente a coesão deste mesmo corpo social. Ora, este sistema disciplinar não pode absolutamente ser transcrito no interior do direito que é, no entanto, o seu complemento necessário”. FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 18. ed. São Paulo: Graal, 1979. p. 104.

corpo social num movimento que se imiscui nos espaços livres coactando e arregimentando indivíduos, num processo centrífugo de formação da criminalidade<sup>356</sup>.

A prisão, que transforma o processo punitivo em técnica penitenciária, já lembrava Michel Foucault, “[...] transporta essa técnica da instituição penal para o corpo social inteiro”<sup>357</sup>.

Nesse diapasão, Salo de Carvalho, compreendendo os efeitos latentes que o poder disciplinar irradia para o interior da individualização da pena, adverte em palestra proferida sobre as penas no anteprojeto do Código Penal:

A Prof<sup>a</sup> Cristina Rauter, que todos vocês conhecem, tem um texto publicado nos primeiros discursos sediciosos, um texto sobre manicômios, é um brilhante artigo, que ela diz o seguinte: os nossos espaços prisionais e manicômiais são muito pouco disciplinares, e verdadeiramente o são. Se a gente pensar na estrutura desenhada por Foucault no *Vigiar e Punir* é muito difícil ver nestas nossas masmorras pós-modernas espaços disciplinares, o que não significa dizer que nós não tenhamos uma lógica disciplinar que informa a legislação e as práticas. Então, neste aspecto, o Foucault de *Vigiar e Punir* continua plenamente aplicável, porque nós temos uma idéia de controle individual do condenado baseado naquelas técnicas próprias de gestão de periculosidade individual: laudos criminológicos, processos administrativos disciplinares; ambos, condicionando todo o sistema progressivo [...].<sup>358</sup>

A questão a ser debatida, com efeito, não se relaciona em como aproveitar o pensamento disciplinar de Michel Foucault à nova ordem geopolítica-criminal, mas, por outro lado, observar como as disciplinas que estruturaram as grandes instituições de controle social (prisão, manicômio, escola, fábrica) qualificam-se, hodiernamente, com destacada presença

<sup>356</sup> Em sentido semelhante é a lição de Sérgio Salomão Shecaria: “A ideia pode ser posta nos seguintes termos: na modernidade havia as instituições e seus muros; na pós-modernidade, esses muros não deixam de existir, mas acompanha-se um movimento contínuo em que a vigilância se espraia por toda a sociedade. O controle extrapola os muros e se distribui em uma rede social em que se alcança toda a subjetividade. A sociedade disciplinar passa a ser substituída pela sociedade de controle, permanentemente marcada pela interpenetração de espaços, por uma suposta ausência de limites e pela instauração de um tempo contínuo no qual os indivíduos não conseguem terminar coisa alguma”. Segue o autor: “A passagem da sociedade disciplinar para a sociedade de controle não determina, no entanto, a supressão de uma em detrimento da outra. Existe uma metamorfose do espaço prisional definido para o espaço indeterminado”. SHECAIRA, Sérgio Salomão. A exclusão moderna e a prisão antiga. In: SÁ, Augusto Alvino de; TANGERINO, Davi de Paiva Costa; SHECAIRA, Sérgio Salomão (Coord.). **Criminologia no Brasil: história e aplicações clínicas e sociológicas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 15-27. p. 15.

<sup>357</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 26. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1997. p. 247.

<sup>358</sup> Palestra proferida na EMERJ em 12/09/12, acerca das penas no anteprojeto do Código Penal, no Seminário Crítico da Reforma Penal. CARVALHO, Salo de. **Penas no anteprojeto do Código Penal**. Disponível no Youtube. min. 26:52 e seguintes.

nos rumos da complexa rede política de administração prisional de seres humanos por meio de uma gestão atuarialista<sup>359</sup>.

Bem por isso anotam Ricardo Gloeckner e Augusto Jobim do Amaral que somente analisando onde o poder está investido no interior das práticas, além de confrontá-lo com um aporte jurídico, e sem usar de análises de formas genéricas de dominação global, é que se compreende a mecânica de seus conseqüências mais genuínas. É salutar sustentar que uma teoria da soberania continua viva como ideologia do direito, organizadora das codificações jurídicas desde o século XIX (sobre isso, foi visto, fundaram-se as teorias da pena sucessivamente), o que não arrosta – e, principalmente, ao contrário, traz consigo – o disfarce dos dispositivos de coerções disciplinares; procedimentos, constrangimentos, técnicas que garantem os exercícios do poder. Não se vê como exagerada a seguinte indagação: “[...] talvez não estejamos todos aqueles voltados à contenção do poder punitivo, de maneira voluntária ou não, visando um novo direito antidisciplinar”<sup>360</sup>?

Com efeito, dentre as instituições disciplinares, conforme sinaliza Cristina Rauter<sup>361</sup>, a prisão é a que efetiva com maior intensidade a “utilização da maquinaria disciplinar”. O cerceamento de liberdade é simplesmente uma das estratégias: com o aprimoramento das técnicas de observação e registro de dados sobre as movimentações do recluso, que se projetam como substitutos das formas de coerções violentas, constrói-se, nos arquivos prisionais, a imagem de um novo personagem: o delinquente.

Essa lógica disciplinar punitiva propulsiona-se por intermédio de práticas disciplinares formais (disciplina endógena) e informais (disciplina exógena).

### 2.6.1 Práticas disciplinares formais (disciplina endógena)

<sup>359</sup> Diz mais Salo de Carvalho: “O enlace das disciplinas e da biopolítica, ou seja, o exercício dos poderes sobre o corpo-máquina e o corpo-espécie, pode ser percebido na revitalização dos espaços prisionais pelas políticas punitivas contemporâneas. Apesar da crise, algumas práticas correcionais permanecem ativas como dispositivos de controle, mantendo um resíduo mínimo disciplinar. Neste aspecto, apesar da prisão cercada vez mais identificada como um espaço de neutralização e contenção, é possível notar a manutenção de alguns procedimentos próprios das políticas correcionistas. Não apenas para mater uma certa aprência de utilidade social ou um certo pudor humanitário como fundamento da pena criminal, mas, sobretudo, para que determinadas técnicas de controle sigam sendo utilizadas para a neutralização do sujeito perigosos. Neste cenário, os laudos criminológicos e os procedimentos administrativos disciplinares (sanções disciplinares) são altamente funcionais para a vigilância do preso, retardando a sua saída da instituição ou controlando o seu retorno à liberdade”. CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 142-143.

<sup>360</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen e AMARAL, Augusto Jobim do. **Criminologia e(em) crítica**. Curitiba: Champagnat; Porto Alegre: EDIPUCRS, 2013. p. 85.

<sup>361</sup> RAUTER, Cristina. **Criminologia e subjetividade no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 120.

O plano disciplinar formal compreende as práticas disciplinares provenientes das normas penitenciárias e dos agentes públicos legitimados para pô-las em prática, ao largo da jurisdição estatal, notadamente distante e insuficiente.

Sendo de origem primária (leis) ou secundárias (portarias, resoluções e circulares), tais normas disciplinares estabelecem as condicionantes franqueadoras à conduta, trabalho, saúde, educação, visita, regalias, triagens etc., tudo conforme a rotina disciplinar local das unidades prisionais, sem nenhuma lógica e uniformização nacional, mas que moldam o controle e os rumos da execução da pena. Como exemplo, cita-se o regime disciplinar diferenciado (criado pela Lei nº 10.792/03) e todo o arcabouço normativo sancionatório dos Estados<sup>362</sup> (art. 24, inciso da CF, c/c arts. 47 e 49 da Lei nº 7.210/84); os exames criminológicos, as regalias, os atestados de conduta carcerária, a alocação em galerias e celas, as visitas (sociais e íntimas)<sup>363</sup> e os processos administrativos disciplinares<sup>364</sup>.

Ao se constatar que a sanção disciplinar ganha ares de tipo penal informal, norteando discricionariamente todo o sistema progressivo, que é pedra angular da execução penal, tem-

<sup>362</sup> Para o tema, importante registro das Leis e Resoluções dos Estados Brasileiros acerca da disciplina carcerária encontra-se em: ALMEIDA, Bruno Rotta. **Contradição e violência em torno da política criminal e penitenciária brasileira: uma análise a partir da fundação jurídico-normativa e da execução da pena.** Tese (Doutorado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016. p. 306.

<sup>363</sup> Cita-se, para exemplificar, decisão no bojo de ACP nº50073241320154047200, da 2ª Vara Federal de Florianópolis que versava sob a triagem para ingresso no sistema prisional em isolamento pelo período de 10 dias (em regra superado em muitos dias), sem direito à visita: “[...]Todavia, reputo conveniente consignar que a causa contrapõe dois interesses públicos: de um lado o interesse da sociedade na persecução penal e, de outro, o interesse de que a dignidade dos presos não seja afrontada. E, ao menos nesse juízo de cognição sumária, não vejo ilegalidade na atuação da Administração. A meu ver, a incomunicabilidade do preso pelo prazo de adaptação – que a autoridade responsável pelo sistema prisional afirma ser de no máximo 10 dias, ao que tudo indica, visa conciliar os interesses contrapostos antes referidos, pois, como consignado pela mesma autoridade é necessário para verificar ‘a possibilidade de convívio com os demais detentos, e se o mesmo pertence a alguma facção criminosa, visando resguardar a sua integridade física quando o mesmo for devidamente alocado em cela’. Ademais, nesse período o preso é atendido por todos os profissionais da equipe técnica do sistema penitenciário, bem como tem assegurado o direito à visita de seu defensor (advogado). Em conclusão, impõe-se o indeferimento do pedido de antecipação dos efeitos da tutela.” BRASIL. Justiça Federal da 4ª Região. Seção Federal de Santa Catarina – Florianópolis. **ACP nº50073241320154047200** – 2ª Vara Federal de Florianópolis. 16.07.2015. Disponível em: <[https://eproc.jfsc.jus.br/eprocV2/controlador.php?acao=processo\\_selecionar&acao\\_origem=processo\\_consultar&acao\\_retorno=processo\\_consultar&num\\_processo=5007324132015](https://eproc.jfsc.jus.br/eprocV2/controlador.php?acao=processo_selecionar&acao_origem=processo_consultar&acao_retorno=processo_consultar&num_processo=5007324132015)>. Acesso em: 27 ago. 2017.

<sup>364</sup> Art. 24 da CF: “Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: I – direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico; [...] §1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais. §2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados. §3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades. §4º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.” Id. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 15 mar. 2017.

se que a previsão inserta na LEP, art. 52, no sentido de que as sanções disciplinares de natureza média e leve ficam a cargo dos Estados e Distrito Federal, revestem-se de inequívoca inconstitucionalidade, porquanto tais matérias, ainda que reguladas pelo art. 24 da CF, devem ser tratadas por normas gerais legisladas uniformemente pela União, notadamente por exercerem efeitos próprios de uma pena criminal, cuja competência é exclusiva da União para legislar.

Nesse sentido, Rodrigo Duque Estrada Roig pontua que a relevância de se delimitar os parâmetros das sanções disciplinares decorre fundamentalmente do fato de que essas, muitas das vezes, apresentam efeitos que se assemelham aos das sanções penais. Vale dizer: perda de todos os dias remidos, interrupção de prazos para a fruição de direitos, rebaixamento de comportamento (impossibilitando o preso de fruir dos direitos da execução penal pelo prazo de um ano), desclassificação do preso para o exercício de atividade laborativa, vedação de indulto ou comutação por condenação disciplinar nos últimos doze meses de cumprimento de pena. Com efeito, todos esses fatores conduzem a graves violações no *status libertatis* dos indivíduos, “[...] não sendo mais admissível que esta realidade permaneça obscurecida e sua teorização alijada dos embates doutrinários e jurisprudenciais”<sup>365</sup>.

Com efeito, os regimentos internos e legislações estaduais que normatizam os processos administrativos disciplinares historicamente solapam garantias processuais penais de índole constitucional a toda evidência<sup>366</sup>.

Toma-se como exemplo a resvalante posição que pairou por décadas no âmbito dos processos administrativos disciplinares em execução penal no tocante à dispensabilidade da defesa técnica, posto que era o entendimento, de regra, emprestado pelos Tribunais aos processos administrativos disciplinares como um todo.

O referido entendimento, inclusive, fortaleceu-se com a edição da Súmula Vinculante 5: “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”<sup>367</sup>.

---

<sup>365</sup> ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Ensaio sobre uma execução penal mais racional e redutora de danos**. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

<sup>366</sup> Lembra Rodrigo Duque Estrada que “[...] os discursos dos diversos regulamentos penitenciários do Império e da República, dos projetos de códigos penitenciários do século XX e da legislação contemporânea – Lei de Execução Penal e Regulamentos Penitenciários dos Estados –, demonstra que o cárcere sempre desempenhou crucial papel na política de controle social, em razão de sua contundente eficácia dissuasória e neutralizante”. Id. **Direito e prática histórica da execução penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p.121.

<sup>367</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 5**. DJe de 16.5.2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1199>>. Acesso em: 27 ago. 2017.



Entretanto, o mencionado verbete foi devidamente apreciado pelo STF para, dando interpretação conforme a Constituição, dele excluir a incidência em relação aos processos administrativos disciplinares em execução penal<sup>368</sup>.

Resumidamente, o poder disciplinar formal vigora sob a égide de três fatores determinantes: 1º – os procedimentos de investigação de faltas e aplicação das sanções no interior das casas prisionais são desenganadamente inquisitivos; 2º – as normas de imputação das faltas disciplinares revestem-se de dubiedade (conceitos jurídicos indeterminados) e de lacunas afrontosas ao princípio da legalidade; 3º – as sanções disciplinares, não raras vezes, produzem efeitos similares aos da aplicação da própria pena<sup>369</sup>.

Precisamente nesse contexto que o modelo praticado ganha corpo, imiscuindo-se perfunctoriamente nas práticas penitenciárias e se traduzindo em forma de legislação.

Melhor exemplo não haveria de ser do que o inaugurado pela Lei nº 10.792/03, notadamente o regime disciplinar diferenciado (RDD)<sup>370</sup>. Nele tem-se a mais fiel assunção dos valores que conduziram o sistema penal brasileiro do século XIX, momento em que a prisão se transformou em instrumento formal de penalização. A segregação absoluta e o retribucionismo, vistos como discursos seculares deste período, são permanentemente reeditados com novas roupagens, adaptando-se ao novo momento histórico, mesmo que a serviço dos mesmos programas punitivistas<sup>371</sup>.

A ubiquidade deste instrumental punitivo permite situá-lo, para efeito desta pesquisa, tanto como plano disciplinar formal (endógeno) – alinhavado pelo cumprimento das normativas de regência – ainda que em descarado descompasso com a Constituição Federal e

---

<sup>368</sup> Afastamento da Súmula Vinculante 5: procedimento administrativo para apurar falta grave “I – A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que a Súmula Vinculante 5 não é aplicável em procedimentos administrativos para apuração de falta grave em estabelecimentos prisionais. Tal fato, todavia, não permite ampliar o alcance da referida Súmula Vinculante e autorizar o cabimento desta Reclamação, pois o acórdão reclamado apenas adotou o verbete como uma das premissas para decidir no caso concreto.” (Rcl 9340 AgR, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgamento em 26.8.2014, DJe de 5.9.2014). Ver também: RE 398269, Relator Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgamento em 15.12.2009, DJe de 26.2.2010. AI 805454, Relator Ministro Dias Toffoli, Decisão Monocrática, julgamento em 1.8.2011, DJe de 3.8.2011. RHC 104584, Relator Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgamento em 24.5.2011, DJe de 6.6.2011 Rcl 9339, Relator Ministro Marco Aurélio, Decisão Monocrática, julgamento em 22.3.2010, DJe de 5.4.2010). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 5**. DJe de 16.5.2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1199>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

<sup>369</sup> ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Direito e prática histórica da execução penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 2005. p. 141-142.

<sup>370</sup> Sua origem é a Resolução SAP nº26/2001 no Estado de São Paulo. Para o tema, ver: MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 38-39. Bem assim em ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal: teoria crítica**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 254.

<sup>371</sup> ROIG, op. cit., p. 155.

com os Tratados Internacionais<sup>372</sup> – como pelo plano disciplinar informal (exógeno), dado sua imensa capacidade de gerar acordos informais entre a administração penitenciária e as facções criminosas<sup>373</sup>.

Nilo Batista traça o paralelo entre a prisão celular inaugurada formalmente com a codificação de 1890 e o atual regime disciplinar diferenciado (RDD):

Hoje, quando se procura reabilitar a cela surda, é impressionante constatar que o prazo máximo pretendido é exatamente igual ao prazo máximo do “isolamento celular” preconizado pelo Código Penal de 1890: dois anos. Se estamos buscando uma solução do final do século XIX para implantá-la no início do século XXI, convém que a justifiquemos adequadamente.<sup>374</sup>

Sob o argumento do alto risco ou perigosidade individual, lembra Maurício Stegemann Dieter<sup>375</sup> que as novas tecnologias para neutralizar indivíduos cominam, aplicam e executam medidas de controle social inegavelmente desumanas e incompatíveis tanto com os diplomas normativos nacionais quanto internacionais dos direitos humanos instituídos desde o final da Segunda Guerra Mundial.

<sup>372</sup> A título de exemplo, o art. 52, inc. I, comunica que: “[...] duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada”. Sucede que tal previsão encontra-se em manifesto confronto com as regras mínimas das nações unidas para tratamento dos presos que prevê o que segue: Regra 43.1. Em nenhuma hipótese devem as restrições ou sanções disciplinares implicar em tortura ou outra forma de tratamento ou sanções cruéis, desumanos ou degradantes. As seguintes práticas, em particular, devem ser proibidas: (b) Confinamento solitário prolongado; Regra 44-Para os objetivos destas Regras, o confinamento solitário refere-se ao confinamento do preso por 22 horas ou mais, por dia, sem contato humano significativo. **O confinamento solitário prolongado refere-se ao confinamento solitário por mais de 15 dias consecutivos.** Regra 451. **O confinamento solitário será utilizado somente em casos excepcionais** como último recurso, pelo menor prazo possível e sujeito a uma revisão independente, e somente de acordo com autorização de autoridade competente. Não deverá ser imposto como consequência da sentença do preso” Este também é o entendimento da Corte Internacional de Direitos Humanos, quando indica que o isolamento prolongado e a privação da comunicação qualificam-se como tratamento cruel e desumano.[grifo nosso]. ANISTIA Internacional. **Combatendo a tortura: manual de ação.** Tradução de Galeno Fae de Almeida. Londres: Amnesty International Publicacions, 2003. p. 150.

<sup>373</sup> Esta é a percepção de Camila Caldeira Nunes Dias quando descreve que, “[...] na verdade o que está implícito nesta estratégia dos diretores é um acordo tácito entre a administração e lideranças da massa carcerária, a partir da qual se definem os limites do exercício do poder informal da organização, sem que esse exercício do poder sem que provoque a desmoralização da autoridade formal. Trata-se de um arranjo para permitir que as lideranças exerçam seu poder, mas de forma menos visível, para transmitir a aparência – em especial para quem vem de fora – de que este poder é exercido pela administração”. DIAS, Camila Caldeira Nunes. **Da pulverização ao monopólio da violência: expansão e consolidação do Primeiro Comando da Capital (PCC) no sistema carcerário paulista.** Tese (Doutorado em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 317.

<sup>374</sup> BATISTA, Nilo. A reabilitação da cela surda. **Boletim do Instituto de Ciências Criminais**, São Paulo: IBCCRIM, a. 11, edição especial, p. 01-15, out. 2003. p. 01.

<sup>375</sup> DIETER, Maurício Stegemann. **Política criminal atuarial: a criminologia do fim da história.** Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012. p. 198.

É precisamente desse cenário de políticas criminais neutralizadoras que Maurício Stegemann Dieter revela as semelhanças do modelo disciplinar americano gerencialista com o RDD:

A face mais visível desse fenômeno é o cruel regime de execução solitária da pena realizado nas penitenciárias de segurança máxima pela disciplina do “ADX”, destinada aos indivíduos mais perigosos. No Brasil, a tentativa de cópia-carbono dessa perversa forma de neutralização de seres humanos por meio do isolamento celular resultou no execrável regime disciplinar diferenciado ou RDD, uma “pena dentro da pena” que permanece como afronta explícita à proibição constitucional instituída pelo princípio da humanidade e igualmente aplicável aos presos de alto risco.<sup>376</sup>

Tantas são as anomalias desse instituto que mais uma vez se realça, ante a falta de funcionalidade prioritária à pena, a discricionariedade da política criminal brasileira, em especial nos discursos que justificam a intervenção neutralizadora no universo prisional.

Para Andrei Zenkner Schmidt<sup>377</sup>, o mais importante efeito da constitucionalização do processo administrativo disciplinar é ver reconhecida sua natureza jurisdicional, justo porque, considerada a potencialidade de restringir a liberdade do indivíduo, não parece crível que tal restrição seja conduzida por uma autoridade administrativa, sendo o Poder Judiciário um mero órgão homologatório de um ato praticado de forma parcial.

De todo modo, e também aqui na vastidão das práticas penitenciárias disciplinares formais, permanece pulsante a simbiose entre a pena e a sanção disciplinar. Por isso, confirma-se a atualidade do pensamento de Michel Foucault:

O encarceramento com seus mecanismos de vigilância e punição funciona, ao contrário, segundo um princípio de relativa continuidade [...]. Continuidade de critérios e mecanismo punitivos que a partir do simples desvio fazem pesar cada vez mais a regra e agravam a sanção. Gradação contínua das autoridades instituídas, especializadas e competentes (na ordem do saber e na ordem do poder) que, sem arbitrariedade, mas segundo regulamentos, por meio da verificação e medida, hierarquizam, sancionam, punem e vão pouco a pouco da sanção do desvio ao castigo dos crimes.<sup>378</sup>

<sup>376</sup> DIETER, Maurício Stegemann. **Política criminal atuarial**: a criminologia do fim da história. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012. p. 199.

<sup>377</sup> SCHMIDT, Andrei Zenkner. Direitos, deveres e disciplina na execução penal. In: CARVALHO, Salo de (Org.). **Crítica à execução penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 249-316. p. 311.

<sup>378</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 26. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1997. p. 247.

E síntese de concluso, tem-se que assiste razão a Erving Goffman, quando informa que as instituições totais, em verdade, não visam a uma vitória cultural. “Criam e mantêm um tipo específico de tensão entre o mundo doméstico e o mundo institucional, e usam essa tensão persistente como uma força estratégica no controle de homens”.<sup>379</sup>

## 2.6.2 Práticas disciplinares informais (disciplina exógena)

No plano informal, a disciplina se propaga pela lacuna estatal em conduzir o devido processo da pena, legitimando lideranças de presos através do cárcere e formando uma engendrada estrutura disciplinar produtora de organizações criminosas para além das pilastras carcerárias.

Já lembrava Cristina Rauter que “[...] a prisão constrói uma micro-sociedade no interior da sociedade”<sup>380</sup>. Sob condições de absoluto confinamento, ela promove a convivência de todo tipo de delinquentes das leis, de regra, oriundos dos extratos sociais mais pobres da população. Esse modelo de comunidade é ávido em fazer proliferar uma notável espécie de seres violentos, viciosos, inimigos de qualquer regramento. A prisão é este dispositivo que pavimenta meticulosamente esse tipo de violência, manifestando-se de forma inabalável e desconectada de qualquer contexto.

Se o modelo prisional desenhado por Cristina Rauter<sup>381</sup> expressava um figuração social em que os prisioneiros se viam projetados para a desorganização enquanto agrupamento de indivíduos, bem como para a desobediência de regras, as peculiaridades da massificação do universo penitenciário atual permitem concluir em sentido diverso.

Ao logo da última década, revelou-se um movimento disciplinar de transformação das relações sociais, fortemente estabelecido pela ausência da figura do Estado e na hierarquização de grupos criminosos a partir do sistema prisional brasileiro.

As transformações no universo prisional e a nova figuração social que estrutura o mundo do crime passam indispensavelmente pelo nascimento, crescimento e monopólio do Primeiro Comando da Capital (PCC) em alguns Estados da Federação brasileira, em especial, em São Paulo.

---

<sup>379</sup> GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. São Paulo: Perspectiva, 1961. p. 24.

<sup>380</sup> RAUTER, Cristina. **Criminologia e subjetividade no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 121.

<sup>381</sup> *Ibid.*, p. 121.

Como bem lembra Camila Caldeira Nunes<sup>382</sup>, essa transformação na sociabilidade prisional terminou por produzir redes mais complexas de figuração social que extravasam os limites do universo carcerário e se impregnam no ordenamento social de forma muito mais vasta, constituindo o mundo do crime.

Aproveitando do espaço não ocupado pelo Estado, informa Fabio Lobosco Silva<sup>383</sup> que agrupamentos de indivíduos custodiados, servindo de ideologias de fraternidade e apoio recíprocos, inicialmente vocacionada à luta contra as infames condições carcerárias a que submetidos, ganham uniformidade e organização, de modo não apenas a determinar as diretrizes da convivência interna, mas também gerir, informalmente, o espaço prisional mediante códigos de conduta e mecanismos sancionatórios.

Entretanto, seu maior aspecto diferenciador diz respeito aos seus poderes e influência para além das fronteiras do cárcere. Estas unidades gestoras dos ambientes prisionais construíram forças exploratórias da atividade criminosa em meio social e transbordam seus desejos pelos muros das instituições, mobilizando seus membros para ataques às forças de segurança pública e ao transporte coletivo, impondo toques de recolher e uma atmosfera capaz de parar a maior megalópole do país.<sup>384</sup>

Esse transbordamento é parte inerente do processo de expansão social das grandes organizações criminosas que dominam os presídios País afora, consequência direta do controle exercido no interior do cárcere. Desse processo, diz Camila Caldeira que fica difícil delimitar os espaços sociais entre a prisão e a rua, cuja interpenetração se amplia ao longo desse processo social por meio de “[...] redes de interdependência que se toram mais extensas e complexas”<sup>385</sup>.

E para que essa complexa rede tenha suas engrenagens ajustadas, tem-se na disciplina o combustível indispensável dessa nova configuração social. Vale dizer, através de um conjunto de regras ou normas, as principais facções prisionais exercem o poder paralelo, a partir das herméticas barreiras físicas do espaço prisional.

<sup>382</sup> DIAS, Camila Caldeira Nunes. **Da pulverização ao monopólio da violência**: expansão e consolidação do Primeiro Comando da Capital (PCC) no sistema carcerário paulista. Tese (Doutorado em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 216.

<sup>383</sup> SILVA, Fabio Lobosco. **Sobre um novo conceito de prisionização**: o fenômeno da assimilação prisional de acordo com a realidade brasileira. Tese (Doutorado em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2017. p. 232.

<sup>384</sup> Ibid., p. 232-233.

<sup>385</sup> DIAS, Camila Caldeira Nunes. **Da pulverização ao monopólio da violência**: expansão e consolidação do Primeiro Comando da Capital (PCC) no sistema carcerário paulista. Tese (Doutorado em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 294.

Esse código de conduta compreende as mais diversas formas de ingerência na vida social dos indivíduos, incluindo as relações com familiares, companheiros de cárcere, administração prisional, sua importância no mundo do crime e seu comportamento cotidiano<sup>386</sup>.

A disciplina, muito mais que um conjunto de prescrições comportamentais, põe-se em ordem a balizar o modo de ser e orientar a construção de uma autêntica identidade do “ser ladrão”<sup>387</sup>.

É com esta percepção que Camila Caldeira acrescenta:

Muito mais que isso, a disciplina do *comando* visa a regular o comportamento das pessoas, suas palavras, gestos e atitudes, na conformação de uma identidade que, pautada por valores próprios ao “mundo do crime” é definida por vários presos como *o lado certo da vida errada*. É a sua conformidade, no sentido de certo modo de se conduzir, de se comportar e de ser que faz dela um elemento central na conformação de uma instância de controle social externo, essencial para compreender as mudanças operadas na figuração social da prisão<sup>388</sup>. [Grifo no original].

Dessa complexa interferência da disciplina nas relações entre os atores do sistema prisional, tem-se o que Erving Goffman<sup>389</sup> adverte ser um processo de *desculturação* do ser, despindo o indivíduo de sua aparência usual. E dessa perda de identidade provocada por esse incessante ingrediente disciplinar, acentua-se a estigmatização dos indivíduos desviantes que – permeado pelas regras de comportamento naturalmente impostas por estes *agrupamento sociais específicos* – ganham o rótulo de *outsiders*<sup>390</sup>.

## 2.7 CONCLUSÕES PRELIMINARES

Da leitura desse vasto arcabouço normativo depreende-se inevitavelmente que os valores humanitários que sustentam os principais diplomas e recomendações nacionais e

<sup>386</sup> Ibid., p. 296.

<sup>387</sup> DIAS, Camila Caldeira Nunes. **Da pulverização ao monopólio da violência**: expansão e consolidação do Primeiro Comando da Capital (PCC) no sistema carcerário paulista. Tese (Doutorado em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 296.

<sup>388</sup> Ibid., p. 296-297.

<sup>389</sup> GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. São Paulo: Perspectiva, 1961. p. 23.

<sup>390</sup> BECKER, Howard Saul. **Outsiders**: estudos de sociologia do desvio. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. p. 24.

internacionais priorizam a prevenção especial positiva, ainda que possam vir acompanhados de outras funcionalidades penais<sup>391</sup>.

Note-se, outrossim, que nem todos os instrumentos supracitados dispõem de força normativa interna, conforme se verá quando da análise hermenêutica integrativa das funções penais, nos itens 3.3.4.1 e 3.3.4.2.

Para além de tais constatações, a transfusão funcional da pena de prisão estabelece-se com a ruptura dos insinceros objetivos oficiais, inaugurando a fase neutralizadora do indivíduo recluso.

Outra não é a constatação de Iñaki Rivera Beiras:

*En fin, se subvirtieron así, también, las bases de aquella reforma penitenciaria que bajo el signo del constitucionalismo social incardinó las penas en clave preventivo especial positiva: ahora se pasó abiertamente a la llamada prevención especial negativa; la neutralización, inocuización – por no emplear peores denominaciones – pasaron a dar contenido a la nueva penalidad de los últimos años del milenio. Esta penalidad segregativa ha provocado, por citar sólo algunos acontecimientos, no pocos escándalos por el carácter (cada vez más) “corporal” que ha ido asumiendo a medida que la difusión del SIDA se propagó en el interior de las cárceles europeas. Los infectados son millares, los muertos se acumulan y engrosan las estadísticas; las operaciones reformistas de los años setenta se revelan en todo su fracaso y la cárcel reaparece con toda la crudeza que aquellas operaciones habrían pretendido maquilar.<sup>392</sup>*

E desse cenário fértil para a delinquência e marginalização, o cárcere torna-se o holofote para a compreensão do poder disciplinar, notadamente marcado pelo estado de “administrativização”, que conduz os rumos da execução penal brasileira<sup>393</sup>.

Com efeito, a mecânica de cumprimento da pena de prisão restabelece dogmas que permeavam os modelos disciplinares ancestrais. Daí porque o pensamento de Michel Foucault

<sup>391</sup> Rivacoba y Rivacoba lembra que a grande maioria das legislações internacionais, bem como a doutrina, alcançam a prevenção especial positiva à principal função da execução penal. RIVACOBA Y RIVACOBA, Manoel. **Funcion y aplicacion de la pena**. Buenos Aires: Depalma, 1993. p. 136.

<sup>392</sup> RIVERA BEIRAS, Iñaki. Historia y legitimación del castigo ¿Hacia dónde vamos? In: BERGALLI, Roberto (Coord.). **Sistema penal y problemas sociales**. Valencia: Tirant lo Blanch. Valencia, 2003. p. 86-126. p. 119.

<sup>393</sup> “Não podemos admitir um sistema jurídico misto, pois a característica dos sistemas, como a dos paradigmas e dos tipos ideais, é sua identificação a partir de alguns rígidos princípios unificadores. Deles apenas se aproximam tendências opostas, sendo impossível fusão sistemática ou paradigmática. O modelo jurídico é garantista ou antigarantista. O sistema processual é inquisitório ou acusatório. O sistema executivo é jurisdicional ou administrativo.” CARVALHO, Salo de (Org.). **Crítica à execução penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 447.

permanece vivo e atual: “[...] diante da disciplina com aspecto de lei, temos a ilegalidade que se impõe como um direito. A ruptura se dá mais pela indisciplina do que pela infração”<sup>394</sup>.

É de se ver, portanto, que o cumprimento da pena de prisão, corrompendo toda a lógica do sistema de garantias e objetivos do ordenamento jurídico, traz à tona uma vetusta feição punitiva, cujas premissas remontam ao campo do direito penal clássico e solidificam, hodiernamente, o seu verdadeiro caráter segregacionista<sup>395</sup>.

Em outro giro, a pena de prisão premia a sanção por segregação, que, por sua vez, ganha feições de neutralidade disciplinar e corrobora para determinar invariavelmente um pernicioso resultado ao apenado e à sociedade.

Se em Thierry Pech<sup>396</sup> a pena neutra realiza-se na otimização de todas as aspirações justificacionistas e, a partir disso, torna cada uma das opções funcionais neutra em busca de um harmônico equilíbrio de interesses, a neutralidade da pena de prisão no Brasil, diversamente, não aparenta ter sido, como dito alhures, uma opção consensual – ainda que informal – de política criminal, senão uma consequência lógica do abandono e do descaso.

Mesmo que operada sob o verniz da informalidade, a política penitenciária brasileira de isolamento, pela via da neutralização ou inocuidade – a menos que esteja projetada para expressar sua violenta força simbólica – não se sustenta. Confrontada com a rotina de crimes e sanções disciplinares dentro do ambiente prisional, facilmente se percebe a inoperância funcional dessa opção.

Em verdade, ainda que a pena privativa de liberdade segregue por segregar, não quer dizer que efetivamente neutraliza o apenado<sup>397</sup>.

<sup>394</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 26. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1997. p. 242.

<sup>395</sup> Como é cediço, as prisões cautelares, no bojo do processo penal, têm contornos e finalidades diversas – embora, por vezes, não menos desviadas – das preconizadas/praticadas na última etapa do processo penalizante, a execução penal. Com efeito, direciona-se o estudo de forma a perscrutar o modelo de cumprimento das penas privativas de liberdade no curso da execução penal.

<sup>396</sup> PECH, Thierry. Neutralizar a pena. In: GARAPON, Antoine; GROS, Frédéric; PECH, Thierry. **Punir em democracia**: e a justiça será. Lisboa: Instituto Piaget, 2001. p. 140-166. p. 163.

<sup>397</sup> Basta observar os seguintes julgados: “Segundo entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, após o advento da Lei n. 11.466/2007, a posse de aparelho celular, bem como de seus componentes essenciais, tais como chip, carregador ou bateria, constitui falta disciplinar de natureza grave. A jurisprudência desta Corte Superior firmou entendimento de que a prática de falta disciplinar de natureza grave implica a regressão de regime, conforme estabelecido pelo art. 118, I, da LEP 5. Segundo reiterada jurisprudência do STJ, a perda de até 1/3 dos dias remidos, em razão da falta grave, exige fundamentação concreta, consoante determina a própria legislação de regência, que estabelece a observância das diretrizes elencadas no art. 57 da LEP. (HC 316601/ES HC nº 2015/0032811-5 Relator(a) Ministro Ribeiro Dantas, 5ª Turma, 20/04/2017).” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 316601/ES HC nº 2015/0032811-5**. Relator(a) Ministro Ribeiro Dantas, 5ª Turma, 20/04/2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178347948/habeas-corpus-hc-316601-es-2015-0032811-5/decisao-monocratica-178347949>>. Acesso em: 27 ago. 2017.



Em curso de conclusão, reiteramos que a função exercida pela pena de prisão posiciona-se, na informalidade que lhe é peculiar, pela segregação disciplinar, evidenciando uma falha tentativa de prevenção pela neutralização e inocuização do indivíduo.

Desse processo amorfo, desenvolve-se a função real do castigo, na forma de penas e sanções disciplinares cruéis, infames e degradantes<sup>398</sup>.

Como observou o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em mutirão carcerário realizado em 2013, no Estado do Rio Grande do Norte:

Pode-se dizer que as penas são executadas de forma cruel, em clara afronta ao contido no artigo 5º, inciso XLVIII, alínea “e” da Constituição Federal, pois os presos são trancafiados em locais insalubres, fétidos, superlotados, sem assistência e entregues à própria sorte.<sup>399</sup>

---

“HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. EXECUÇÃO PENAL. ENVOLVIMENTO EM BRIGA NO INTERIOR DO ESTABELECIMENTO PRISIONAL. FALTA DISCIPLINAR GRAVE. AFASTAMENTO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. ALTERAÇÃO DA DATA-BASE PARA A CONCESSÃO DE NOVOS BENEFÍCIOS. PERDA DOS DIAS REMIDOS NO PATAMAR MÁXIMO (1/3). WRIT NÃO CONHECIDO. (HC n. 368.468/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe de 14/10/2016). Id. Superior Tribunal de Justiça. **HC n. 368.468/RS**, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe de 14/10/2016. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/443358318/habeas-corporus-hc-369769-rs-2016-0232288-0/relatorio-e-voto-443358343?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 27 ago. 2017. “HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO. EXECUÇÃO. PROGRESSÃO DE REGIME. FALTA GRAVE. REBELIÃO. DURANTE O CUMPRIMENTO DA PENA EM REGIMESEMI-ABERTO. REGRESSÃO. ORDEM DENEGADA. PRINCIPALMENTE, O COMANDO DO CRIME ORGANIZADO DE DENTRO DO SISTEMA. A participação em movimento para subverter a ordem ou a disciplina no estabelecimento prisional, de acordo com o disposto no art. 50, I, da Lei 7.210/84, é considerada falta grave, à luz do disposto no inciso I do art. 118 da LEP, o que justifica a regressão de regime prisional. HABEAS CORPUS 2007/0120852-0 Relator(a)Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG) (8145) Órgão Julgador, 5ª turma, 16/08/2007.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HABEAS CORPUS 2007/0120852-0**. Relator(a) Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG) (8145). Órgão Julgador, 5ª turma, 16/08/2007. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/13499/habeas-corporus-hc-83703-sp-2007-0120852-0/inteiro-teor-100022828>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

<sup>398</sup> “Em outras palavras, ao atribuir ao castigo a função idealizada de coibir a violência e a criminalidade, assim como de produzir a justiça, os atores do campo do controle do crime, mesmo que de forma inconsciente e não sistematizada, lhe conferem sentido simbólico, que pouco tem a ver com o fato delituoso, com o indivíduo criminoso ou com as expectativas da vítima, mas sim com a capacidade de ‘regeneração dos valores sociais’, à semelhança do que defendia Durkheim nos primórdios do pensamento sociológico.” FREIRE, Christiane Russomano. **As representações sociais da punição entre policiais civis, militares e gestores penitenciários do Estado do Rio Grande do Sul**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014. p. 230.

<sup>399</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas – DMF – Mutirão Carcerário do Estado do Rio Grande do Norte – **Relatório final 2013**.

De regra, essa é a visceral realidade de todo o sistema prisional em todos Estados Federativos: um estado de exceção em pleno Estado Democrático de Direito<sup>400</sup>.

---

<sup>400</sup> Parafrazeia-se Agamben. Para o tema ver: AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

### 3 A TAXONOMIA CONSTITUCIONAL DA PENA DE PRISÃO (VÉRTICE HERMENÊUTICO)

Interpretar as normas constitucionais compreende – como toda a interpretação de normas jurídicas – atribuir sentido ao conteúdo semântico dos enunciados linguísticos que estruturam o texto constitucional. Uma interpretação jurídico-constitucional remete-se à atribuição de um significado a um ou vários símbolos linguísticos escritos na Carta Suprema. E, para a consecução de tais objetivos, impõe-se a utilização de determinados critérios que se prestem a objetivar, elucidar e cientificizar o conteúdo normativo. Nesse contexto que se insere a teoria ou doutrina da hermenêutica.

Interpretar a constituição é uma tarefa que se impõe metodicamente a todos os aplicadores das normas constitucionais (legislador, administração, tribunais). Todos aqueles que são incumbidos de aplicar e concretizar a constituição devem: (1) encontrar um resultado constitucionalmente justo através da adoção de um procedimento (método) racional e controlável; (2) fundamentar este resultado também de forma racional e controlável (HESSE).<sup>401</sup>

A tarefa interpretativa, portanto, “[...] como instrumento de apuração e concretização das respostas constitucionalmente adequadas, significa observar que toda norma é significativa, em que pese o significado não advenha de um dado prévio, mas, sim, do resultado da própria tarefa interpretativa”<sup>402</sup>.

Jürgen Habermas, alinhavando os fundamentos para uma teoria discursiva, sustenta que a compreensão deontológica do direito, desde Dworkin, seguindo as teorias da argumentação de autores do calibre de Aarnio, Alexy e Günther, admitem duas sustentações: a uma de que o discurso jurídico não se sustenta auto-suficientemente na clausura do direito vigente. É dizer, necessita se manter aberto a argumentos de outras procedências, em especial os pragmáticos, éticos e morais, que exsurtem no processo legiferante, “[...] e são enfeixados na pretensão de legitimidade das normas do direito”. A duas de que, o acerto das decisões judiciais afere-se pelo “[...] preenchimento de condições comunicativas da argumentação” de maneira a se constituir num pilar estruturante da imparcialidade do julgador<sup>403</sup>.

<sup>401</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 209.

<sup>402</sup> *Ibid.*, p. 209.

<sup>403</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I. p. 287.

Bem por isso diz Eugênio Pacelli que, na concepção de Jürgen Habermas, “[...] o caráter prescritor do direito somente pode resultar do consenso, permanentemente renovado e atualizado na razão comunicativa, sem que esteja preso a qualquer modelo formal previamente estabelecido”<sup>404</sup>.

John Rawls, em sua teoria de justiça, alude para o fato de que os princípios da justiça se qualificam entre os principais critérios interpretativos no julgamento da atuação de quem opera o direito e das razões de que se lhe utilizam para justificar suas decisões. Com efeito, encontra-se na Constituição “[...] o fundamento da estrutura social, o mais elevado sistema de normas que regula e controla outras instituições [...]”<sup>405</sup>, de modo a permitir que todos tenham o mesmo acesso ao procedimento político que ela estabelece.

Sucedo que, por outro lado, John Rawls não desconhece que há limites a esse processo participativo:

Julga-se que uma constituição que restringe a regra da maioria, por meio de vários expedientes tradicionais, conduz a um corpo de legislação mais justo. Uma vez que, na prática, é necessário atenuar até certo ponto o princípio da maioria, o problema é descobrir que limitações funcionam melhor, em dadas circunstâncias, para promover os objetivos da liberdade.<sup>406</sup>

Sendo mais elucidativo, o ponto mais significativo é que, para justificar essas restrições, é preciso admitir que, sob a ótica da representatividade do cidadão, a restrição da liberdade de participação é adequadamente compensada *pela maior garantia e extensão das outras liberdades*. A ingerência desenfreada da regra da maioria torna-se, muitas vezes, pernicioso a essas liberdades. Justo por isso há dispositivos constitucionais que compelem a maioria a procrastinar a realização de sua vontade, bem como impõem a tomada de decisões de forma mais discutidas e ponderadas. “Considera-se que dessa e de outras maneiras as limitações processuais mitigam os defeitos do princípio da maioria”<sup>407</sup>.

Essa frenagem ao princípio da maioria indica, na lição de Luciano Feldens, o caráter contramajoritário dos direitos fundamentais:

---

<sup>404</sup> PACELLI, Eugênio. **Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 13.

<sup>405</sup> RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 251.

<sup>406</sup> *Ibid.*, p. 251.

<sup>407</sup> *Ibid.*, p. 251.

Nesse âmbito – ou pelo menos nesse âmbito – os direitos de liberdade compõem um espaço normativo indisponível à decisão majoritária, razão pela qual são identificados como direitos *contramajoritários*, no sentido de que sua configuração não está à livre disposição das maiorias parlamentares.<sup>408</sup>

E dentro desse campo hermenêutico situa-se o enfrentamento dos enunciados linguísticos, cuja natureza de normas constitucionais os eleva a uma condição estrutural mais complexa de que são dotados os demais ramos do direito, de sorte que, como refere Bernardo Gonçalves Fernandes, “[...] uma Constituição não poderia ser reduzida a um mero conjunto de regras jurídicas, como única espécie de normas jurídicas”<sup>409</sup>. Precisamente por esse motivo que o texto constitucional dispõe de uma construção mais elaborada, consubstanciada em regras e princípios jurídicos.

Daí porque Dworkin, como lembra Eugênio Pacelli<sup>410</sup>, parte de uma distinção fundamental entre regras e princípios jurídicos, confiando na possibilidade de alcançar uma única resposta correta para cada caso interpretativo. Enquanto as regras seriam utilizadas conforme um critério de validade – na lógica do *tudo ou nada*, de modo que, validadas, passam a ser aplicadas em toda sua extensão – os princípios, por outro lado, regulam-se pelo peso de cada caso concreto, de maneira que devem ser sopesados<sup>411</sup>.

Sem embargo dessa bem engendrada estrutura de pensamento, Alexy, ao advertir da insuficiência deste critério preconizado por Dworkin, – sobretudo porque não se revela seguro para a escolha dos princípios que disporiam de maior peso no caso prático, dada a ausência de hierarquia principiológica – desenvolve em sua teoria discursiva mecanismos de soluções racionalmente fundamentadas, quando da presença de conflitos e tensões de princípios de mesma envergadura<sup>412</sup>.

Com efeito, os princípios qualificar-se-iam como mandados de otimização, enquanto as regras, como mandados definitivos. É dizer, enquanto os princípios podem ser cumpridos em diferentes graus – e o grau obrigatório de cumprimento condiciona-se não apenas ao fato

---

<sup>408</sup> FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 41.

<sup>409</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 182.

<sup>410</sup> PACELLI, Eugênio. **Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 123.

<sup>411</sup> *Ibid.*, p. 123.

<sup>412</sup> *Ibid.*, p. 124.

concreto, mas às possibilidades jurídicas –, as regras são normas que somente podem ser cumpridas ou descumpridas<sup>413</sup>.

Não menos verdade que Jürgen Habermas<sup>414</sup>, em *Direito e Democracia*, observa a posição de Robert Alexy com ressalvas, justo porque compreende que as normas jurídicas não podem ser efetivadas de forma gradual, dado seu conteúdo deontológico. E, apesar de entender pertinente o processo hermenêutico de identificação da norma mais adequada, não vê na posição de Robert Alexy uma solução concreta para o eventual conflito entre princípios de mesma validade, conjurados no mesmo plano espacial e temporal.

Como se vê, a tarefa interpretativa reveste-se de tal complexidade que não é apenas difícil a eleição de um método interpretativo, como também é árduo referendar um processo decisório situado exclusivamente na exegese da ponderação dos princípios<sup>415</sup>.

Dito isso, antes da eleição do método interpretativo que auxiliará a presente pesquisa, é preciso esclarecer – por franqueza argumentativa – que não se desconhece a crise paradigmática que perpassa as teorias hermenêuticas, em especial as de natureza jurídica, cuja confusão que se faz entre discricionariedade interpretativa e arbitrariedade de sentidos, resulta em uma miscelânea de respostas a todos os gostos e, no mais das vezes, sem o enfrentamento constitucional<sup>416</sup>.

---

<sup>413</sup> ALEXY, Robert. Sobre a estrutura dos princípios jurídicos. **Revista Internacional de Direito Tributário**, Belo Horizonte: Del Rey, v. 3, p. 155-167, jan./jun. 2005. p. 156-157.

<sup>414</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I. p. 258-259.

<sup>415</sup> Advertindo para a insuficiência do critério de ponderação de princípios com base nas dimensões da proporcionalidade proposto por Alexy, Eugênio Pacelli salienta que “[...] ainda que fosse possível a elaboração de uma escala ou hierarquia de princípios com base em uma teoria de valores, não vemos como isso poderia superar os conflitos entre aqueles (princípios) relativos à proteção dos direitos fundamentais que se põem em tensão no processo penal, sem o risco de se promover verdadeira e inconveniente *absolutização* ou de *diretos* ou de *garantias* processuais”. [grifo nosso]. PACELLI, Eugênio. **Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 131. Por sua vez, Luis Roberto Barroso adverte: “[...] em suma, o controle da racionalidade, correção e justiça do discurso jurídico suscita questões diversas e complexas, que envolvem a compreensão do Direito, a seleção dos fatos e o exame das diversas soluções possíveis. Desnecessário dizer que se vive um tempo de perda na objetividade e na previsibilidade da interpretação em geral”. BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 346.

<sup>416</sup> Refere-se especificamente ao que Lênio Streck denomina de câmbio paradigmática. “Isto ocorre porque o novo constitucionalismo foi se transformando em um campo extremamente fértil para o surgimento das mais diversas teorias com pretensão de responder às complexidades exurgidas desta fase histórica que podemos denominar de pós-positivismo (compreendida como superação e não mera derivação do positivismo). Das teorias dos discursos à fenomenologia hermenêutica, passando pelas teorias argumentativas, realista e pragmáticas, (que, de um modo ou de outro, deslocaram o polo da tensão interpretativa em direção do intérprete), os último sessenta anos viram florescer teses que tinham um objetivo comum no campo jurídico: superar o modelo de regras, resolver o problema da incompletude das regras, solucionar os casos difíceis (não abarcados pelas regras) e a (in)efetividade dos textos constitucionais, (compromissórios e dirigentes).”

É nessa perspectiva que Lenio Streck<sup>417</sup> lembra que, em tempos de confronto entre o Constitucionalismo e o Positivismo (nas suas mais variadas vertentes), se torna fundamental refletir criticamente os métodos interpretativos pelo tríplice enfrentamento da questão que sustenta a teoria jurídica moderna em face do pós-positivismo: como interpretar, como aplicar e como conduzir esse processo hermenêutico a uma resposta adequada, melhor dizendo, constitucionalmente adequada, sobretudo frente à *crise de efetividade da Constituição*.

Se, por um lado o impasse metodológico hermenêutico grassa entre os operadores do direito, por outro, ensina Fabrício Dreyer de Ávila Pozzebon que existe um conteúdo material que vincula os critérios hermenêuticos: “[...] as próprias culturas nacionais que subjazem a cada uma das Constituições”<sup>418</sup>. Depreende-se daí que o mesmo texto constitucional encerra conteúdo diverso conforme cada cultura em que dele se utiliza.

Nessa toada investigativa, colocar-se-á em teste as hipóteses arguidas ao logo do trabalho, tudo subsidiado por um critério metodológico que se entende diferenciar o trabalho de outras pesquisas que tratam das teorias da pena. É dizer, um olhar hermenêutico constitucional sobre a pena de prisão – com especial atenção aos métodos clássicos interpretativos<sup>419</sup>.

Sem embargo, importante reforçar que o fato de instrumentalizar a atividade hermenêutica por método clássico não invalida<sup>420</sup> – muito antes pelo contrário, pensa-se que reforça o caráter conclusivo a que se propõe a pesquisa – a coerência lógico-jurídica de colocá-lo em sintonia com os movimentos teóricos contemporâneos, cujo giro linguístico e

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 246.

<sup>417</sup> Ibid., p. 248.

<sup>418</sup> POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. A crise do conhecimento moderno e a motivação das decisões judiciais como garantia fundamental. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Coord.). **Sistema penal e violência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 231-246. p. 237.

<sup>419</sup> “A hermenêutica tradicional alude à existência de elementos da interpretação jurídica. São os elementos de interpretação de Savigny – gramatical, histórico, lógico e sistemático –, aos quais se agregou o elemento teleológico, proposto por Ihering. Esses elementos, como se verá abaixo, também são relevantes no campo constitucional, mas nele assumem certas peculiaridades. Esse conjunto de elementos configura, na Alemanha, país em que o tema foi estudado com destaque – ‘o método clássico’ de interpretação constitucional.” SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed. 3. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 413.

<sup>420</sup> No sentido de incompatibilizar a exegese dos direitos fundamentais através dos métodos clássicos encontra-se a posição de Paulo Bonavides. A saber: “[...] os métodos tradicionais, a saber, gramatical, lógico, sistemático e histórico, são de certo modo rebeldes a valores, neutros em sua aplicação, e por isso mesmo impotentes e inadequados para interpretar direitos fundamentais. Estes se impregnam de peculiaridades que lhes conferem um caráter específico, demandando técnicas ou meios interpretativos distintos, cuja construção e emprego gerou a Nova Hermenêutica”. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 592.

hermenêutico contribuíram de forma decisiva para a concretização de um novo estágio (inacabado) de respeito aos valores constitucionais<sup>421</sup>.

Luis Roberto Barroso reforça esse entendimento quando alude para a importância de uma nova interpretação constitucional vinculada ao desenvolvimento de certas fórmulas originais de concretização da vontade da Constituição. Isso não corresponde a dizer que há um desprezo ou abandono do método clássico – por subsunção, fundado na aplicação de regras – menos ainda na abdicação dos elementos tradicionais da hermenêutica: gramatical, histórico, sistemático e teleológico. “Ao contrário, continuam eles a desempenhar um papel relevante na busca de sentido das normas e na solução de casos concretos. Relevante, mas nem sempre suficiente”<sup>422</sup>.

Partindo de Hans-Georg Gadamer<sup>423</sup>, que incorpora a viragem do conteúdo linguístico como método interpretativo – justo por desempenhar papel de não separar a linguagem da experiência hermenêutica –, pode-se melhor compreender a força dos discursos jurídico-penalógicos a justificar o processo decisório de legitimação das funções penais<sup>424</sup>.

Por outro lado, anota Inocência Martires Coelho que,

[...] se não existe interpretação sem intérprete; se toda interpretação, embora seja um ato de conhecimento, traduz-se, afinal, em uma manifestação de vontade do aplicador do Direito; se a distância entre a generalidade da norma e a particularidade do caso exige, necessariamente, o trabalho mediador do intérprete, como condição indispensável ao funcionamento do sistema jurídico; se, no desempenho dessa tarefa, resta sempre uma insuprimível margem de livre apreciação pelos sujeitos da interpretação; se, ao fim e ao cabo, isso tudo for verdadeiro, então o ideal de racionalidade, de objetividade e, mesmo, de segurança jurídica, aponta para o imperativo de se recuar o mais possível o momento subjetivo da decisão e reduzir ao

<sup>421</sup> Cabe aqui registrar que o potencial conclusivo do trabalho, embora se enverede para um determinado método interpretativo (clássico), não tem a pretensão de esgotar a questão sob este único viés, correspondendo alusivamente ao que Virgílio Afonso da Silva descreve como “otimismo metodológico”: “[...] isto é, para a crença de que o resultado da interpretação constitucional depende pura e simplesmente do método utilizado”. SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico*. In: \_\_\_\_\_ (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 115-144. p. 143.

<sup>422</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 306-307.

<sup>423</sup> Gadamer, ao discorrer sobre a linguagem sobre o horizonte de uma ontologia hermenêutica acentua que “[...] se cada língua é uma acepção do mundo, não o é tanto em sua qualidade de representante de um determinado tipo de língua, (que como a linguística considera a língua), mas uma virtude daquilo que nela foi falado e transmitido pela tradição”. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. 3. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 640.

<sup>424</sup> Isto se verá, por exemplo, do ranço linguístico que desabilitou qualquer operabilidade às políticas criminais calcadas na prevenção especial positiva vinculadas ao estigma da “ressocialização”, “reforma” e “correção” delinquente.



mínimo aquele “resíduo incômodo” de voluntarismo e de livre convencimento, que se faz presente, inevitavelmente, em todo trabalho hermenêutico.<sup>425</sup>

Desse campo de coordenadas mentais dessume-se o seguinte dever ético-jurídico: a abordagem metodológica que se fará visa encontrar a função constitucional da pena de prisão projetada pelo constituinte de 1988, cujo convencimento se dará com uso de todos os instrumentos enunciados nesse vértice hermenêutico<sup>426</sup>.

Com essa projeção de rumos, já lembrava Anabela Rodrigues<sup>427</sup> a importância de problematizar a finalidade (principal) da execução penal sob o ponto de vista jurídico-constitucional, notadamente por não ter sido, até hoje, tratada de forma sistemática, sendo vista, no mais das vezes, como uma questão de dogmática e de política-criminal.

Com efeito, a hermenêutica penal constitucional será levada a efeito, a uma, por uma abordagem histórica do processo de elaboração do texto de 88; a duas, por um viés sistemático do texto constitucional; a três, por uma aproximação integradora da norma constitucional com as demais normas que lhe devem respeito.

---

<sup>425</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. Ordenamento jurídico, Constituição e norma fundamental. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 01-155. p. 94-95.

<sup>426</sup> Demais disso, seguem-se as seguintes diretrizes da lavra de Miguel Reale: “[...] • a interpretação das normas jurídicas tem sempre caráter unitário, devendo as suas diversas formas ser consideradas momentos necessários de uma unidade de compreensão (unidade do processo hermenêutico); • toda interpretação jurídica é de natureza axiológica, isto é, pressupõe a valoração objetivada nas proposições normativas (natureza axiológica do ato interpretativo); • toda interpretação jurídica dá-se necessariamente num contexto, isto é, em função da estrutura global do ordenamento (natureza integrada do ato interpretativo); • nenhuma interpretação jurídica pode extrapolar da estrutura objetiva resultante da significação unitária e congruente dos modelos jurídicos positivos (limites objetivos do processo hermenêutico); • toda interpretação é condicionada pelas mutações históricas do sistema, implicando tanto a intencionalidade originária do legislador, quanto as exigências fáticas e axiológicas supervenientes, numa compreensão global ao mesmo tempo retrospectiva e prospectiva (natureza histórico-concreta do ato interpretativo); • a interpretação jurídica tem como pressuposto a recepção dos modelos jurídicos como entidades lógicas, isto é, válidos segundo exigências racionais, ainda que a sua gênese possa revelar a presença de fatores alógicos (natureza racional do ato interpretativo); • a interpretação dos modelos jurídicos não pode obedecer a puros critérios de lógica formal, nem se reduzir a uma análise lingüística, devendo se desenvolver segundo exigências da razão histórica entendida como razão problemática (problematicismo e razoabilidade do processo hermenêutico); • sempre que for possível conciliá-lo com as normas superiores do ordenamento jurídico, deve preservar-se a existência do modelo jurídico (natureza econômica do processo hermenêutico); • entre várias interpretações possíveis, optar por aquela que mais corresponda aos valores éticos da pessoa e da convivência social (destinação ética do processo interpretativo); • compreensão da interpretação como elemento constitutivo da visão global do mundo e da vida, em cujas coordenadas se situa o quadro normativo objeto de exegese (globalidade de sentido do processo hermenêutico)”. REALE, Miguel. **Estudos de filosofia e ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 81-82.

<sup>427</sup> RODRIGUES, Anabela de Miranda. **A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade**: seu fundamento e âmbito. São Paulo: IBCCRIM, 1999. p. 66.

Para além disso posiciona-se por primar por conclusões que se subsumam principiologicamente à supremacia do texto constitucional e à força normativa da Constituição.

Desse processo de interpretação pretende-se destrinchar a taxonomia constitucional da pena de prisão, cujo aporte metodológico servirá para averiguar sua alocação constitucional, seu fundamento de validade e, marcadamente para este trabalho, sua finalidade.

### 3.1 ALOCAÇÃO CONSTITUCIONAL DA PENA DE PRISÃO

A pena de prisão classifica-se como garantia fundamental, na forma de limitação do poder punitivo. Em vista disso, foi inserida no âmbito da individualização da pena, com previsão no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, art. 5º inciso LXVI, alínea “a” da CF<sup>428</sup>. A saber: “XLVI – a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; [...]”<sup>429</sup>.

A pena de prisão é a modalidade central<sup>430</sup> e mais rigorosa do sistema de reclusão brasileiro, consubstanciando-se na pena privativa de liberdade por excelência<sup>431</sup>.

<sup>428</sup> No ponto, tratar-se-á o princípio da individualização da pena como garantia fundamental, sem embargo de sereconhecer a intrínseca relação entre direitos e garantias fundamentais. É, esta, inclusive, a lição de Paulo Gonet Branco: “[...] no âmbito das classificações dos direitos fundamentais, intenta-se, por vezes, distanciar os direitos das garantias. Há, no Estatuto Político, direitos que têm como objeto imediato um bem específico da pessoa (vida, honra, liberdade física). Há também outras normas que protegem esses direitos indiretamente, ao limitar, por vezes procedimentalmente, o exercício do poder. São essas normas que dão origem aos direitos-garantia, às chamadas garantias fundamentais. As garantias fundamentais asseguram ao indivíduo a possibilidade de exigir dos Poderes Públicos o respeito ao direito que instrumentalizam. Vários direitos previstos nos incisos do art. 5º da Constituição se ajustam a esse conceito. Vejam-se, por exemplo, as normas ali consignadas de direito processual penal. Nem sempre, contudo, a fronteira entre uma e outra categoria se mostra límpida — o que, na realidade, não apresenta maior importância prática, uma vez que a nossa ordem constitucional confere tratamento unívoco aos direitos e garantias fundamentais”. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Teoria geral dos direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 265-327. p. 302.

<sup>429</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 15 mar. 2017.

<sup>430</sup> A centralidade da pena de prisão, em que pese o texto constitucional não a impor como pena principal e estruturante para as demais penas alternativas, sustenta a teia punitivista que atinge os substitutos penais. É com essa percepção que Salo de Carvalho esclarece: “Duas conclusões parciais, de naturezas distintas, acerca da ampliação legal dos substitutos penais, são possíveis: primeira, de ordem normativa, as penas restritivas são substitutivas e não verdadeiramente alternativas à prisão; segundo, de ordem empírica, as penas restritivas configuram-se aditivos e não alternativas ao encarceramento. Tais conclusões parciais sustentam a hipótese de que o sistema de penas no ordenamento jurídico-penal brasileiro, apesar das inovações realizadas nas Reformas de 1984 e da ampliação das penas restritivas fomentadas pela Lei 9714/98, mantém-se centrado

Dentre seus regimes prisionais, a legislação ordinária, Lei nº 7.209/84, subdividiu-os em fechado, semiaberto e aberto, de modo que se instrumentaliza a opção pelo sistema progressivo de cumprimento da pena no Código Penal brasileiro.

Bem por isso, a Lei de Execuções Penais (LEP), além de informar que a penitenciária destina-se ao condenado à pena de reclusão, em regime fechado (art. 87), dispõe sobre o modelo de cumprimento progressivo da pena privativa de liberdade (art. 112), sem, entretanto, deixar de estabelecer um concomitante modelo de sujeição do apenado ao sistema regressivo (art. 118), uma vez que venha a praticar fato definido como crime doloso ou falta grave (inciso I) ou venha a sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime (inciso II).

Dessa correspondência hierárquica entre as leis que disciplinam a pena de prisão e o texto constitucional, é preciso ter em mente, como lembra Peter Häberle, “[...] que os direitos fundamentais já não têm eficácia ‘em função da lei’, mas, ao contrário, as leis ganham eficácia ‘em função dos direitos fundamentais’”<sup>432</sup>, de modo que a pena de prisão, elevada à condição de garantia fundamental, deve extrair toda sua significância desde esse local de fala. Isso corresponde a dizer que a legislação que discipline a pena de prisão deve observá-la como garantia fundamental e não como mecanismo centralizador do processo de expansão punitivista.

---

em uma lógica carcero-cêntrica, ou seja, toda a instrumentalidade dogmática de determinação e de execução da pena no Brasil é regida a partir da pena de prisão, motivo pelo qual são constantes as dificuldades de superação da perspectiva punitivista”. CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 313.

<sup>431</sup> Registra-se que a presente classificação é fruto da reforma de 1984 do Código Penal, no que altera o art. 33 do CP e estabelece o sistema progressivo de cumprimento da pena de prisão. Segue o enunciado legal: “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. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) § 1º - Considera-se: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média b) regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado; b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto; c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)”. BRASIL. **Lei nº 7.209**, de 11 de julho de 1984. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1980-1988/L7209.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7209.htm)>. Acesso em: 19 ago. 2017.

<sup>432</sup> HÄBERLE, Peter. Efectividad de los derechos fundamentales en el estado constitucional de los derechos fundamentales: Alemania, Espania, Francia e Itália, Madri. 1991. p. 264. In: BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 596.

Dito de outra maneira, a pena de prisão, como garantia que é, não pode restar desprovida de qualquer sentido, senão, nela, como instrumento excepcional de punição, viabilizar seus limites e suas funções, tudo compatibilizado ontologicamente com os direitos fundamentais.

Desde este estado de coisas que, como afirma Ney Fayet Júnior, a Dogmática Jurídico-Penal é convocada para se posicionar:

Deveria aceitar a expansão dos mecanismos penais, como forma de enfrentamento da criminalidade contemporânea, ainda que isso implique a derrogação da garantias e modelos tradicionais de proteção de indivíduos? Ou deveria operar conceitos clássicos (ou nucleares) do sistema penal, por meio dos quais se arrostaria, na medida do possível, essa criminalidade, porém sem se descurar do arcabouço constitucional protetivo, limitador da intervenção punitiva; ou, ainda, deveria construir uma via conciliatória? E, no centro deste debate, encontra-se um tema de máxima importância, uma vez que se apresenta como essencial à compreensão dessas diferentes perspectivas: a finalidade da pena. Cuida-se, ao lado da definição do Direito Penal, de uma das principais bases sobre as quais toda discussão – modelos de Política Criminal; princípios dogmáticos; considerações criminológicas; entre outras – deve assentar-se<sup>433</sup>.

Envidando esforços para denunciar a crise de legalidade na execução penal, Andrei Zenkner Schmitd expõe que:

Tendo em vista que a restrição de liberdade, mediante a proibição penal, é uma exceção (posto que a liberdade é a regra), a única interpretação teleológica que poderá ser admitida é a restritiva, ou seja, aquela que vislumbra, como finalidade da Constituição Federal, autorizar a intervenção penal só excepcionalmente e nos casos expressos por ela mesma, passar de o fato ser moralmente reprovável. Em outras palavras: toda norma penal que restringe a liberdade do cidadão há de ser interpretada restritivamente e em consonância com os princípios constitucionais.<sup>434</sup>

Resultado último dessa interpretação é que, sendo a restrição de liberdade mecanismo excepcional de punição – erigindo-se a subsidiariedade da tutela penal em postulado constitucional – e a prisão a modalidade mais extrema de restrição penal, há de se ter em conta sua aplicação de forma restritiva, priorizando as demais sanções constitucionais insertas no art. 5º, inciso XLVI da CF.

<sup>433</sup> FAYET JR, Ney. **A pena criminal na democracia: o compromisso da dogmática com a racionalidade**. In: AZEVEDO E SOUZA, Bernardo de. (Org.). Democracia e(m) sistema penal. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2017. p.256-262. p.259.

<sup>434</sup> SCHMIDT, Andrei Zenkner. A crise de legalidade na execução penal. In: CARVALHO, Salo de (Org.). **Crítica à execução penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 45-100. p. 81.

### 3.2 ABSENTEÍSMO FUNCIONAL DA PENA E RESERVA DE CONSTITUIÇÃO: HÁ PREVISÃO CONSTITUCIONAL ACERCA DA FUNÇÃO DA PENA DE PRISÃO?

O art. 5º, inciso XLVI da CF<sup>435</sup> determina que a lei regulará a individualização da pena e, ato contínuo, expõe um rol exemplificativo de sanções dirigidas aos aplicadores do direito, como instrumento de política penal. Entretanto, o constituinte originário não apontou expressamente os objetivos do cumprimento da pena de prisão, de tal forma que se confirma a abstenção funcional da pena no ápice da cadeia normativa.

Sem prejuízo dessa constatação, desde já pontuamos que essa abstenção do constituinte originário não se confunde com o que se convencionou chamar de lacuna constitucional<sup>436</sup>. Vale, neste ponto, um breve, mas cuidadoso registro: sem se vincular à premissa doutrinária de que a Constituição se erige em uma norma acabada, perfeita e completa<sup>437</sup> e, por efeito, sem lacunas, entende-se possível, na linha do que sustentado pelo STF<sup>438</sup>, haver espaços normativos não disciplinados pelo texto constitucional<sup>439</sup>.

Mesmo as Constituições mais analíticas, a exemplo da brasileira, que versa sobre muitos assuntos, deixa “[...] amplos espaços para a deliberação política das majorias de cada momento”<sup>440</sup>.

Sendo assim, possibilita-se o entendimento de que a Constituição é uma norma fragmentária, justo porque não versa sobre todas as temáticas, mas exclusivamente aquelas escolhidas pelo poder constituinte, tanto pela sua singular importância (ainda que possa haver temas importantes por ela não regulados), quanto pela conveniência de sua inserção. Ainda assim, mesmo nesses temas eleitos pelo constituinte, no mais das vezes não há seu

<sup>435</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 15 mar. 2017.

<sup>436</sup> Para o tema, ver DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

<sup>437</sup> Sobre o tema ver o capítulo 4 – A completude do ordenamento jurídico – da obra *Teoria do Ordenamento Jurídico*, de Norberto Bobbio. BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1995. p. 115-156.

<sup>438</sup> Lembram Claudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento que o STF “[...] reconhece, sem qualquer hesitação, a existência de lacunas constitucionais”. A exemplo do que decidido no RMS nº 24334/PB, Rel. Gilmar Mendes. DJ, 26 ago.2005. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. 3. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 534.

<sup>439</sup> Defendendo a posição de haver lacunas constitucionais, encontra-se a lição de Kildare Gonçalves Carvalho. CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

<sup>440</sup> SOUZA NETO; SARMENTO, op. cit., p. 532.

exaurimento, mas, apenas, a Constituição “[...] fixa as suas principais coordenadas normativas, deixando a complementação para o legislador”<sup>441</sup>.

Desde essa perspectiva, Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto esclarecem:

Neste quadro, pode-se indagar se realmente existem lacunas na Constituição, pois a falta de regulamentação de uma questão no plano constitucional pode significar, pura e simplesmente, que o tema foi deixado para o legislador infraconstitucional ou para a decisão de outros poderes públicos. Em outras palavras, a não regulamentação pode exprimir uma opção política legítima do constituinte.<sup>442</sup>

De fato, como se verá da análise do processo histórico de elaboração do texto constitucional pelo constituinte de 1988, a abstenção funcional da pena não se confunde com a figura da lacuna constitucional, pois, em verdade, o legislador ordinário já se pronunciara e definira as funções da pena, mesmo antes da nova ordem jurídico-constitucional, mas que por ela fora recepcionada.

Contudo, a relevância da temática, pensa-se, importaria em um tratamento exposto no texto constitucional, de modo a enquadrar a função constitucional da pena no âmbito da chamada “reserva de Constituição”<sup>443</sup>.

A ideia de reserva de Constituição, longe de se vincular a valores metafísicos ou jusnaturalistas, é fruto da “[...] análise de cada sistema constitucional concreto que pode inferir quais foram os temas cuja regulação foi reservada, com exclusividade, à Constituição”<sup>444</sup>. Logo, a reserva de Constituição não necessariamente cinge-se à relevância da matéria eleita. Existem matérias jurídicas de inegável importância que não são dispostas no terreno constitucional. Sem embargo, “[...] a Constituição pode até exercer uma influência sobre a disciplina infraconstitucional – o que tende a ocorrer, diante do fenômeno da ‘filtragem constitucional’ do Direito –, mas não subtrai todo o espaço de livre conformação legislativa”<sup>445</sup>.

---

<sup>441</sup> Ibid., p. 532.

<sup>442</sup> Ibid., p. 532.

<sup>443</sup> Para Canotilho, a reserva de Constituição “[...] significa que determinadas questões respeitantes ao estatuto jurídico-político da nação não devem ser reguladas por leis ordinárias, mas pela constituição”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 241.

<sup>444</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed. 3. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 533.

<sup>445</sup> Ibid., p. 533.

Por outro lado, ainda que se reforce aqui o entendimento pela reserva de Constituição para a função da pena – considerando inclusive o caráter analítico do texto constitucional brasileiro – não se desconhece, muito menos se defende, o exaurimento de todas as relações sociais por regulamentação do constituinte, engessando sobremaneira o direito das futuras gerações de fazerem suas escolhas “[...] e definir os seus caminhos por meio da legislação infraconstitucional”<sup>446</sup>.

Em atenta observação do sistema constitucional-penal, Luciano Feldens ensina:

Neste âmbito nuclear de Direito Penal, o qual se deduz a *ordem de valores prevista na Constituição*, residem, com inequívoca primazia, os direitos fundamentais. São os direitos fundamentais o epicentro da relação entre Constituição e Direito Penal, constituindo-se no núcleo em torno do qual se pode cogitar de uma *reserva constitucional de Direito Penal*.

Convém, desde logo, advertir: a constatação acerca da existência de um núcleo (ou reserva) constitucional de Direito Penal não inviabiliza que sob uma mesma Constituição possam vicejar diferentes políticas criminais, a partir das reais necessidades dos distintos ambientes sócio-políticos e culturais. As diretrizes constitucionais conformadoras desse programa não engessam o legislador em uma atividade que segue sendo precipuamente sua, senão que apenas lhe estabelecem limites (extremos)<sup>447</sup> dentro dos quais a construção da política criminal haverá de situar-se.<sup>447</sup> [Grifo no original ou teu?].

Entretanto, é preciso ser dito que a reserva constitucional à funcionalidade penal promoveria – ao sentir desta investigação – desejado parâmetro de controle à política criminal, em especial à penitenciária, mas também aos Tribunais, que dispõem da última palavra sobre o controle dos atos normativos<sup>448</sup>.

<sup>446</sup> Ibid., p. 532. Em sentido semelhante é a posição de Celso Ribeiro Bastos: “A moderação é uma regra de ouro, também, no ponto em que estamos focalizando. Os valores fundamentais da coletividade hão de estar transfundidos no próprio Sistema Constitucional, exatamente para evitar que a política sofra a ingerência de valores éticos transfundidos no ordenamento jurídico. É importante, pois, que as Constituições consagrem valores, metas, fins, propósitos, mas é necessário que esses mesmos rumos, esses mesmos pontos a serem atingidos não esgotem a possibilidade de opções do Estado e nem sejam descritos de maneira casuística e minudente, a ponto de excluírem a própria possibilidade da escolha, da oportunidade, dos meios a serem adotados. É, portanto, um problema delicado este, e que só poderá encontrar uma solução razoável na medida em que o constituinte utilizar de moderação e de sabedoria”. BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 221.

<sup>447</sup> FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 29.

<sup>448</sup> É desta abstenção exsurge a discricionariedade judiciária no enfrentamento da questão criminal e penitenciária, sem que o ato decisório seja fundamentado através de um rumo expresso no texto constitucional. Com propriedade anota Luciano Feldens que “[...] se por um lado os direitos fundamentais têm na justiça constitucional a garantia de sua realização, por outro, a provocação e o exercício da jurisdição constitucional não pode suplantar, sem razões de maior densidade, a atividade do legislador. E não poderão fazê-lo mesmo quando a decisão buscada pareça a mais ‘correta’; um suposto ‘resultado correto’ (constitucionalismo de resultado) não basta onde o que importa é a fundamentação. Os Tribunais

É nesta perspectiva que atualmente se compreende o direito constitucional: para além dos textos constitucionais, exige-se o alinhamento de “[...] toda a tarefa interpretativa, toda a produção de sentido que, à base desses enunciados normativos, nos oferece a jurisdição constitucional”<sup>449</sup>.

Feitas essas pequenas digressões teóricas, volta-se à posição de Gilmar Mendes que, da mesma forma do que aqui defendido, confirma o abstenseísmo constitucional no campo da função da pena:

O art. 5º, XLVI, da Constituição dispõe que a lei estabelecerá a individualização da pena e adotará, dentre outras, as penas privativas ou restritivas de liberdade, a perda de bens; multa, prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direitos. No inciso XLVII, consagra que não haverá penas de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX, da Constituição, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento, ou penas cruéis. Embora presente, de forma exemplificativa, as penas aplicáveis ou não, é certo que a Constituição não perfilha, de forma expressa, uma dada doutrina ou teoria quanto à função da pena.<sup>450</sup>

Essa, de resto, é a posição de Salo de Carvalho<sup>451</sup>, quando explica que, a despeito da reforma penal de 1984 ter colmatado a estrutura do sistema penal brasileiro partindo da noção de ressocialização, de modo a aderir expressamente às teorias da pena que regularam as reformas dos modelos punitivos no Ocidente na segunda metade do século XX, o texto constitucional pátrio *se absteve de eleger qualquer finalidade sancionatória*.

Segue o autor anotando que, no entanto, embora a Constituição não tenha firmado qualquer finalidade às penas, por outro lado, aclamou princípios negativos aptos a estabelecerem as espécies de pena e os limites de intervenção. Precisamente dessa glosa que se identifica como lícita a ideia de que o texto constitucional abdica da resposta à questão “por que punir?” (modelo agnóstico), preocupando-se prioritariamente como o “como punir?” (política redutora)<sup>452</sup>.

Dada a posição do autor, mais um necessário destaque argumentativo se impõe.

Constitucionais não são uma ‘terceira câmara’, ou seja, não lhes compete, substituindo-se ao legislador, decidir sobre a ‘melhor’ opção política; compete-lhes, tão somente, afastar a decisão política incompatível com a Constituição”. Ibid., p. 30-31.

<sup>449</sup> Ibid., p. 64.

<sup>450</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais de caráter judicial e garantias constitucionais do processo In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 535-737. p. 648.

<sup>451</sup> CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 269.

<sup>452</sup> Ibid., p. 269.



A considerar que o texto constitucional, na percepção do autor, abdicou da resposta do “por que punir”, vinculando-se, portanto, a um modelo agnóstico dos fins penais – ainda mais reforçado pela constatação de que aclamara princípios limitadores do poder de punir (como punir) –, estar-se-ia diante de um silêncio eloquente do constituinte originário. Dito de outra forma: a ausência de previsão da finalidade da pena no texto constitucional não se traduziria em um esquecimento involuntário do constituinte de 1988, senão em uma opção proposital, de modo que a sua não inclusão importaria em exclusão<sup>453</sup>.

Como dito alhures, da análise do processo histórico de elaboração do texto constitucional de 1988, colocar-se-á essa hipótese em debate, ainda que não se possa – desse processo hermêutico da *mens legislatore* – dar “[...] peso definitivo à vontade histórica daqueles que elaboraram o texto constitucional originário”<sup>454</sup>.

Descartando a ideia de silêncio eloquente no tocante à finalidade da pena, bem lembra Anabela Rodrigues<sup>455</sup> que, embora não seja atribuída por uma norma (constitucional) expressa nesse sentido, não significa que dela não se possa extrair – implicitamente – alguns critérios negativos e positivos para orientar e legitimar a definição funcional da pena.

Como se verá, diferentemente de outros ordenamentos jurídicos que expressamente cunharam a função constitucional da pena, o Brasil relegou tal tarefa ao plano infraconstitucional.

Sucedo que, aos cuidados da presente investigação, importa descortinar se essa omissão constitucional é conseqüência de uma política agnóstica da pena<sup>456</sup> – em sua

---

<sup>453</sup> “Muitas vezes, ao regularem certo tema, as normas constitucionais não consagram determinadas incidências ou conseqüências não por um esquecimento involuntário do constituinte, mas em razão de uma escolha intencional. Tem-se aqui o chamado “silêncio eloquente” do texto constitucional, em que a não inclusão significa exclusão.” SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. 3. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 533.

<sup>454</sup> Conforme ensinam Daniel Sarmento e Cláudio Pereria de Souza, “[...] a constatação da lacuna pressupõe a prévia interpretação das normas constitucionais em jogo, o que pode envolver muitas dificuldades práticas e teóricas”. Ibid., p. 533. A hercúlea tarefa de distinguir eventual lacuna ou silêncio eloquente no campo constitucional nos remete à frase do ex-Deputado Constituinte e ex-Ministro do STF, Nelson Jobim, quando do julgamento do HC82959-7, em aparte ao Min. Ayres Britto, admoesta que “[...] não raciocine pelo legislador, porque é um perigo. Não faça essas observações porque a história pode revelar o contrário”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HABEAS CORPUS 82.959-7**, São Paulo. Relator para o Acórdão, Ministro Marco Aurélio de Mello. 23.02.2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/noticias/imprensa/VotoGilmarHC82959.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2017. p. 721.

<sup>455</sup> RODRIGUES, Anabela de Miranda. **A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade: seu fundamento e âmbito**. São Paulo: IBCCRIM, 1999. p. 68.

<sup>456</sup> Registra-se que o tema foi devidamente abordado quando da exposição do item 2.2. Sem embargo, Salo de Carvalho sintetiza o que entende ser a postura absentista do texto constitucional: “[...] a postura absentista em relação aos discursos de justificação é substituída pela consagração de princípios orientadores da garantia dos direitos e da constrição da violência institucional (vedações de penas degradantes e cruéis). Esta opção constitucional produz, no cenário punitivo brasileiro, um modelo político de redução dos danos provocados

funcionalidade negativa de redução de danos (silêncio eloquente) – ou, como já exposto, se tal omissão não elidiria os fins prioritários que se extraem da análise hermenêutica de todo conjunto normativo que compõe o sistema jurídico.

Destarte, fazendo uso da hermenêutica constitucional, será proposto, nas etapas seguintes, responder a essa indagação.

### 3.3 A HERMENÊUTICA (PENAL) CONSTITUCIONAL

Ensinam Winfried Hassemer e Francisco Muñoz Conde<sup>457</sup> que a Constituição e a realidade social são importantes fontes para a compreensão material dos bens jurídicos no campo do direito penal, servindo de critério central para a determinação adequada do conceito de merecimento de pena. Para tanto, na (pós)modernidade, os Estados dotam suas Constituições, mais do que com enunciados valorativos e programáticos, de força e supremacia normativa.

É nessa perspectiva que a hermenêutica penal constitucional presta relevante serviço para parametrizar os limites da tutela penal, bem como informar os conteúdos axiológicos que orientam todo o sistema penal. Tem-se, por isso mesmo, no conjunto de princípios que expressam os direitos e garantias fundamentais o principal vetor dirigente da atuação dos intérpretes que operam o direito.

Nesse contexto, Lucino Feldens sustenta que os mandados de penalização situam-se, no plano jurídico-constitucional, como instrumentos de parametricidade no controle da inconstitucionalidade da lei promulgada em descompasso com o seu conteúdo, restando sujeita, por isso mesmo, ao reconhecimento de sua nulidade. Daí, por essa razão, dar concretude aos mandados de penalização qualifica-se em “[...] transferir ao Poder Judiciário – ou ao Tribunal Constitucional – a possibilidade de sindicar, em casos extremos, o juízo de

---

pela ingerência punitiva, marcado pelo humanitarismo. Assim, a Constituição parece ter adotado uma postura de reconhecimento das violências inerentes às práticas do sistema penal, marcadamente os processos de mortificação provocados nas instituições totais”. CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 269.

<sup>457</sup> HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la criminología y al derecho penal**. Valencia: Tirante lo Blanch, 1989. p. 70.

(des)necessidade de tutela penal, cuja realização está reservada, pelo menos em um primeiro momento, ao legislador”<sup>458</sup>.

Como se verá da análise dos princípios adotados pelo constituinte originário, a hermenêutica penal vigora sob o apanágio de defesa e proteção do cidadão, precisamente como dique de contenção dos excessos punitivos do Estado, realçando as liberdades clássicas (negativas)<sup>459</sup>.

Para além de estabelecerem notórias limitações, os princípios constitucionais penais revestem o sistema de coerência e harmonia, intimamente ligados à dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III da CF)<sup>460</sup>.

Com efeito, anota Paulo Queiroz que a dignidade da pessoa humana, elevada que é a condição de fundamento do Estado Republicano, reveste-se de importante fator de limitação ao poder punitivo, de modo a proibir penas que, *por sua natureza ou modo de execução*, traduzam-se em métodos de “[...] destruição ou inutilização do delinquente, quer se lhe inviabilizando a reinserção social, quer submetendo-o a um sofrimento excessivo, desumano ou degradante”<sup>461</sup>.

Destarte, Guilherme de Souza Nucci<sup>462</sup> lembra que a Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da humanidade das penas, o que significa dizer que o Estado, ao interpretar e utilizar as regras do direito penal, o fará pautado pela benevolência na aplicação da sanção penal, tudo em conformidade com a promoção do bem de todos, sem

<sup>458</sup> FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 83.

<sup>459</sup> Celso de Mello ensina que, “[...] enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identifica com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade”. [MS 22.164, rel. min. Celso de Mello, j. 30-10-1995, P, DJ de 17-11-1995.]. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 22.164**, rel. min. Celso de Mello, j. 30-10-1995, P, DJ de 17-11-1995. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=54>>. Acesso em: 08 out. 2017.

<sup>460</sup> “A função integradora e hermenêutica do **princípio da dignidade da pessoa humana** que serviria de parâmetro para aplicação, interpretação e integração não apenas dos direitos fundamentais e das demais normas constitucionais, mas de todo o ordenamento jurídico.” [grifo no original]. SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015. p. 106. Compreendendo ser majoritária a doutrina que erige a dignidade da pessoa humana como meta-princípio, forte na herança germânica e em base axiológicas, tem-se a posição de Bernardo Gonçalves Fernandes. FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

<sup>461</sup> QUEIROZ, Paulo. **Curso de direito penal**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2012. v. 1. p. 88-89.

<sup>462</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 15.

preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, inciso IV da CF/88). Daí, porque, mesmo aos condenados, deve ser dispensado esse tratamento, notadamente quando uma das finalidades da pena é a ressocialização (art. 1º da Lei nº 8.210/84).

Não por outra razão a Constituição Federal coibiu a previsão de penas de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, inciso XIX; de caráter perpétuo; de trabalhos forçados; de banimento; cruéis; (art. 5º, inciso XLVII), além de estabelecer que é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral (art. 5º, inciso XLIX)<sup>463</sup>.

Discorrendo sob o âmbito de proteção do princípio da humanidade, Gilmar Mendes promove interpretação do texto constitucional no sentido de que, conquanto não o tenha formulado de forma expressa, é correto dizer que, ao dispor sobre os vários tipos de sanções passíveis de aplicação, o constituinte pátrio consagrou, outrossim, o princípio da necessidade da pena. É dizer, a aplicação da pena e a determinação de sua medida devem se pautar pela ideia de necessidade. Dessa premissa entende o autor “[...] que tanto as teorias de prevenção geral como as de prevenção especial acabam por ter um papel na definição dos bens tutelados e na medida da pena”<sup>464</sup>. Lado outro, a ideologia funcional meramente retributiva, conforme já anotava Jorge Figueiredo Dias, “[...] nada tem a dizer em matéria de finalidade da pena”<sup>465</sup>.

Tem-se por consectário dessa leitura que as penas constitucionalmente admitidas devem também ser executadas, especialmente as privativas de liberdade, em condições minimamente higiênicas e salubres, de modo a garantir o livre gozo dos direitos não cerceados pela privação de liberdade, sob pena de se revelarem inconstitucionais, marcadamente por conspurcarem a dignidade humana e impossibilitar a reintegração social do condenado (art. 41 da Lei nº 7.210/84)<sup>466</sup>.

A par de expressar o sentido limitador de sanções cruéis, infamantes e desumanas, lembra José Antônio Paganella Boschi<sup>467</sup> que a garantia da individualização representou uma clara mensagem de rompimento com qualquer opção por *sistemas punitivos do*

<sup>463</sup> Ibid., p. 15.

<sup>464</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais de caráter judicial e garantias constitucionais do processo In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 535-737. p. 649.

<sup>465</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge. **Direito penal**. Parte geral. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra, 2012. t. I. p. 48-49.

<sup>466</sup> QUEIROZ, Paulo. **Curso de direito penal**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2012. v. 1. p. 89.

<sup>467</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. Individualização da pena. In: CARVALHO, Salo de (Org.). **Crítica à execução penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 101-122. p. 102.

*passado*, cuja recordação mais meridiana pode ser encontrada na Idade Média, em que a associação da Igreja com o Estado provocou uma verdadeira *caça às bruxas pelos Tribunais da Inquisição*.

Com efeito, pode-se se extrair do princípio da humanidade, conforme alerta Antonio García-Pablos<sup>468</sup>, que o mesmo transcende à mera ideia de proporcionalidade das penas, justo porque não apenas se supõe incompatível com o uso de penas arbitrárias – dadas suas consequências desumanas –, como também, na atual quadra constitucional, determina a direção a ser observada no processo penal, na execução penal e na política criminal.

O constituinte originário, além disso, trouxe um rol extenso de instrumentos que tutelam a pena, alçando-os à condição de princípios de natureza penal e processual penal, tudo a validar a ideia de penas desprovidas de fins retributivos, neutralizadores ou intimidativos<sup>469</sup>. Com efeito, há uma intrínseca sintonia entre os princípios penais que limitam o poder punitivo com as finalidades das penas<sup>470</sup>.

Dentre eles, ganha especial relevância para a delimitação da temática proposta o princípio da individualização da pena (art. 5º, inciso XLVI), justo porque se coloca em ordem a superar a abstenção constitucional dos fins preconizados à pena de prisão.

### 3.3.1 Princípio constitucional da individualização da pena

Conforme visto da alocação constitucional da pena de prisão, tem-se que a mesma se revela como garantia fundamental inserta no âmbito do processo de individualização da pena, o que corresponde a dizer que o cumprimento da pena de prisão, longe de se exaurir em si mesmo, compromete-se com um sistema progressivo de retorno do recluso ao convívio social<sup>471</sup>.

<sup>468</sup> GARCÍA-PABLOS, Antonio. **Derecho penal**: introducción. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1995. p. 292-293.

<sup>469</sup> Não há como deixar de citá-los: Art.5º incisos XXXVII; XXXIX; XL; XLV; XLVIII; LIV; LVI; LVIII; LXI; LXII; LXIII; LXIV; LXV; LXVI; LXVII; LXVIII; LXXIV; LXXV. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 15 mar. 2017.

<sup>470</sup> “Significa dizer que a pena privativa de liberdade há de ser programada de tal modo que se evitem o quanto possível os efeitos negativos e dessocializadores, próprios da pena de prisão.” GARCÍA-PABLOS, op. cit., p. 296.

<sup>471</sup> Extrai-se esta mensagem do voto do Ministro Marco Aurélio: “Pena. Regime de cumprimento. Progressão. Razão de ser. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semiaberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social.

Desde essa perspectiva, tem-se que a individualização constitucional da pena filia-se, para bem desenvolver o seu processo executivo, com as finalidades que orientam essa execução. Logo, se o sistema é progressivo e a legislação de regência postula por um programa de condições propiciadoras de reintegração social do indivíduo recluso à sociedade, depreende-se que a individualização da pena não pode operar fora dessa prioritária perspectiva<sup>472</sup>.

Essa, bem a propósito, é a mensagem deixada quando da virada jurisprudencial acerca da possibilidade de progressão de regime para os crimes hediondos, conforme se retira do voto do relator para o acórdão, Ministro Marco Aurélio de Mello, cujas razões de decidir – assentadas nas premissas principiológicas inerentes à individualização da pena – culminam por indicar a precípua funcionalidade constitucional da pena:

No particular, contrariando-se consagrada sistemática alusiva à execução da pena, assentou-se a impertinência das regras gerais do Código Penal e da Lei de Execuções Penais, distinguindo-se entre cidadãos não a partir das condições sócio-psicológicas que lhe são próprias, mas de episódio criminoso no qual, por isto ou por aquilo, acabaram por se envolver. Em atividade legislativa cuja formalização não exigiu mais do que uma linha, teve-se o condenado a um dos citados crimes como senhor de periculosidade ímpar, a merecer, ele, o afastamento da humanização da pena que o regime de progressão viabiliza, e sociedade, o retorno abrupto daquele que segregara, já então com as cicatrizes inerentes ao abandono de suas características pessoais e à vida continuada em ambiente criado para atender a situação das mais anormais e que, por isso mesmo, não oferece quadro harmônico com a almejada ressocialização. Senhor Presidente, tenho o regime de cumprimento da pena como algo que, no campo da execução, racionaliza-a, evitando a famigerada ideia do “mal pelo mal causado” e que sabidamente é contrária aos objetivos do próprio contrato social. A progressividade do regime

---

Pena. Crimes hediondos. Regime de cumprimento. Óbice. Art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990. Inconstitucionalidade. Evolução jurisprudencial. Conflita com a garantia da individualização da pena – art. 5º, XLVI, da CF – a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990.”

No mesmo sentido o voto do Ministro Ayres Britto, em que pese considerar válido o sistema misto de dupla finalidade da pena (retribuição e prevenção especial positiva): “Coerente com essa crença na regenerabilidade de todo e qualquer condenado, a Constituição instituiu a garantia da individualização da pena, em dispositivo posterior àquele versante sobre crimes hediondos. Depois que a Constituição versou o tema dos crimes hediondos, passou a cuidar da garantia da individualização da pena, sinalizando que ela se aplica mesmo em dois momentos: no momento sentencial, abstrato da cominação, e no momento administrativo, concreto, da execução da pena. Portanto, a individualização da pena, já no contexto administrativo, penitenciário, de confinamento efetivo, vale-se ou traduz-se naquilo que Norberto Bobbio chamaria de ‘sanção premial’ possibilitar um tratamento mais brando àquele apenado que, de modo personalizado – como sofre a execução da pena –, intramuros, vai respondendo afirmativamente com a melhoria do seu temperamento, do seu caráter, revelando uma nova disposição para voltar ao convívio da sociedade mais aperfeiçoado”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HABEAS CORPUS 82.959-7**, São Paulo. Relator para o Acórdão, Ministro Marco Aurélio de Mello. 23.02.2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/noticias/imprensa/VotoGilmarHC82959.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

<sup>472</sup> Mais uma vez reitera-se que a ênfase dada à pesquisa é no viés executivo da individualização da pena, componente da 3ª fase do processo de individualização. Para o tema, ver nota 208.

está umbilicalmente ligada à própria pena, no que, acenando ao condenado com dias melhores, incentiva-o à correção de rumo e, portanto, a empreender um comportamento penitenciário voltado à ordem, ao mérito e a uma futura inserção no meio social. O que se pode esperar de alguém que, antecipadamente, sabe da irrelevância dos próprios atos e reações durante o período no qual ficará longe do meio social familiar e da vida normal que tem direito um ser humano; que ingressa em uma penitenciária com a tarja da despersonalização? Sob este enfoque, digo que a principal razão de ser da progressividade no cumprimento da pena não é em si a minimização desta, ou o benefício indevido, porque contrário ao que inicialmente sentenciado, daquele que acabou perdendo o bem maior que é a liberdade. Está, isto sim, no interesse da preservação do ambiente social, da sociedade, que, dia-menos-dia receberá de volta aquele que inobservou a norma penal e, com isso, deu margem à movimentação do aparelho punitivo do Estado. A ela não interessa o retorno de um cidadão, que enclausurou, embrutecido, muito embora o tenha mandado para de trás das grades com o fito, dentre outros, de recuperá-lo, objetivando uma vida comum em seu próprio meio, o que o tempo vem demonstrando, a mais não poder, ser uma quase utopia.<sup>473</sup> [Grifo nosso].

Ademais, conforme acentuado por Alberto Silva Franco, o sistema progressivo é consectário da lógica jurídico-normativa que compõe o sistema. Trata-se de decorrência natural do resultado prático de alguns princípios constitucionais inseridos na Constituição Federal. “É o ponto de interseção em que se conectam os princípios da legalidade, da individualização e da humanidade da pena”.<sup>474</sup>

O princípio da individualização da pena garante, em síntese, uma pena personalizada, pessoal, distinta e, sendo assim, inextensível a outros indivíduos, em situação de fato igual ou assemelhada. Mais relevante do que a sentença em si é o seu cumprimento, porque é na execução que a pena, cominada em abstrato pelo legislador e concretizada pelo juiz à situação individual, encontra o seu momento de maior efetivação. É aí que o processo de individualização chega a sua fase culminante: a da pena real que se subsume, de modo definitivo, à pessoa do condenado<sup>475</sup>.

Não é diversa a posição de Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo e Fabrício Pozzebon quando sustentam que a etapa executiva da individualização da pena se inicia com a necessária classificação dos detentos, de modo a compatibilizar o programa executivo às condições pessoais de cada indivíduo. Bem por isso estabelece o art. 5º da Lei de Execução

<sup>473</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HABEAS CORPUS 82.959-7**, São Paulo. Relator para o Acórdão, Ministro Marco Aurélio de Mello. 23.02.2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/noticias/imprensa/VotoGilmarHC82959.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

<sup>474</sup> FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 237.

<sup>475</sup> Ibid., p. 237-238.

Penal que “[...] os apenados serão classificados conforme seus antecedentes e personalidade”<sup>476</sup>.

Ensina Alberto Silva Franco, ainda, quais são os objetivos do sistema progressivo de execução da pena, a saber:

[...] a) a diminuição gradativa do tónus da pena; b) o estímulo à boa conduta, e c) a obtenção paulatina da reforma moral do recluso e sua conseqüente preparação para a vida em liberdade. Assim compreendido, o sistema progressivo cumpre seu papel de parte essencial no processo de individualização da mesma.<sup>477</sup>

Logo, excluir o sistema progressivo da fase de execução é impedir que se faça ultimar, nessa última etapa, o princípio constitucional da individualização da pena. Lei ordinária que se ponha a estabelecer regime prisional único, sem possibilidade de progressão atenta, portanto, contra tal princípio, de inegável previsão constitucional. Mais ainda, a aniquilação do sistema progressivo compromete o princípio da humanidade da pena (art. 5º, incisos III, XLVII e LXIX da CF), desvirtuando a finalidade da resposta estatal para a forma de vingança: pagando-se o mal causado com um mal, de igual ou superior intensidade, de maneira que, além disso, elimina não apenas qualquer intenção ressocializadora (que pode ter expressão até na tentativa de evitar um processo dessocializador), mas também o mínimo ético que é esperado na execução penal<sup>478</sup>.

Para além disso, lembra Salo de Carvalho<sup>479</sup> que, nos países democráticos do Ocidente, especialmente os de sistemas jurídicos romano-germânicos, a concepção de *individualização está indissociavelmente coligada às funções da pena*.

Perceba-se, outrossim, que o STF, no campo da individualização da pena, já editou súmulas vinculantes que tratam do tema, dada a relevância da matéria e os potenciais efeitos que acarretam para o rumo executivo da sanção<sup>480</sup>.

<sup>476</sup> AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. Comentário ao art. 5º, inc. XLVI. In: CANOTILHO; J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lênio L. (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 618-628. p. 618.

<sup>477</sup> FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 237-238.

<sup>478</sup> Ibid., p. 237-238.

<sup>479</sup> CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 267.

<sup>480</sup> “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 8.072, de 25-7-1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal



Sucedem que a instrumentalização desses princípios de índole constitucional não se opera desgovernadamente. Aqui cabe uma ponderação mais atenta: a efetivação dos direitos e garantias constitucionais, sobretudo os de natureza penal – expressando tanto as liberdades negativas como positivas – não prescindem de aderência social.

Em outro giro, ainda que a forma de participação da opinião pública esteja longe de ser organizada ou disciplinada para a efetiva (co)participação no processo de tomadas de rumos da nação, é preciso compreender que as estratégias punitivas exploram as emoções coletivas, sobretudo, como lembra David Garland, pelo aspecto da vitimização<sup>481</sup>.

Para David Garland<sup>482</sup>, o apoio público por mais “lei e ordem” redundam da fabricação de um discurso político manipulador e de uma mídia populista, que, embora não explique todo o fascínio e adesão pelo processo de expansão penal e, sobretudo, prisional, responde em boa medida pelo apoio público por tais medidas.

Daí dizer que o processo de (de)formação da opinião pública se reveste de conteúdo central de legitimação da cultura punitivista, o que corresponde a garantir a sustentabilidade de políticas criminais que vão de encontro aos princípios e às demais normas que regem a tutela da pena.

É deste cenário que o salto de maturidade hermenêutica deve partir: os pesos e contrapesos próprios das democracias participativas exigem a abertura espontânea do processo de interpretação da Constituição aos diversos participantes do processo decisório, porém, como lembra Peter Häberle, *os princípios e métodos de interpretação constitucional preservam o seu significado*, revestindo-se de uma nova atribuição: “[...] eles são os

---

fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico”. [Súmula Vinculante 26]. “A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS”. [Súmula Vinculante 56]. “A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea”. [Súmula 719]. “Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória”. [Súmula 716]. “A pena unificada para atender ao limite de trinta anos de cumprimento, determinado pelo art. 75 do CP, não é considerada para a concessão de outros benefícios, como o livramento condicional ou regime mais favorável de execução”. [Súmula 715]. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmulas Vinculantes**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

<sup>481</sup> GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 319.

<sup>482</sup> *Ibid.*, p. 319.

‘filtros’ sobre os quais a força normatizadora da publicidade (*normierende Kraft der Öffentlichkeit*) atua e ganha conformação”<sup>483</sup>.

E qual é o limite dessa conformação?

### 3.3.1.1 Núcleo essencial da garantia fundamental à individualização da pena

A despeito de a Constituição de 1988 *não ter consagrado expressamente a ideia de um núcleo essencial*, revela-se incontestável que *tal princípio decorre do próprio modelo garantista utilizado pelo constituinte*. Não aderir a um limite no tocante à produção legislativa tornaria inócua qualquer proteção fundamental<sup>484</sup>.

Sem embargo dessa importante assertiva, antes de se adentrar no núcleo essencial da garantia à individualização da pena, torna-se curial analisar seu âmbito de proteção e os seus limites (restrição).

Virgílio Afonso da Silva<sup>485</sup> explica que a delimitação do âmbito de proteção dos direitos fundamentais nada mais é do que a compatibilização entre a delimitação do conteúdo do direito fundamental e de seus limites.

Ocorre que – guardadas discussões teóricas sobre a incidência interna e externa da restrição<sup>486</sup>, todos os direitos fundamentais são suscetíveis de limitações. E, justo no caminho de averiguar qual o limite máximo de restrição da garantia da individualização da

<sup>483</sup> HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – a contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997. p. 43-44.

<sup>484</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Limitações dos direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 328-392. p. 353.

<sup>485</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 72.

<sup>486</sup> Explica Gilmar Mendes a distinção entre a teoria interna e externa do âmbito de proteção dos direitos fundamentais: “Se direito individual e restrição são duas categorias que se deixam distinguir lógica e juridicamente, então existe, a princípio, um direito não limitado, que, com a imposição de restrições, converte-se num direito limitado (*eingeschränktes Recht*). Essa teoria, chamada de teoria externa (*Aussentheorie*), admite que entre a ideia de direito individual e a ideia de restrição inexistem uma relação necessária. Essa relação seria estabelecida pela necessidade de compatibilização entre os direitos individuais e os bens coletivos. A essa concepção contrapõe-se a chamada teoria interna (*Innentheorie*), para a qual não existem os conceitos de direito individual e de restrição como categorias autônomas, mas sim a ideia de direito individual com determinado conteúdo. A ideia de restrição (*Schranke*) é substituída pela de limite (*Grenze*). Tal como ressaltado por Alexy, eventual dúvida sobre o limite do direito não se confunde com a dúvida sobre a amplitude das restrições que lhe devem ser impostas, mas diz respeito ao próprio conteúdo do direito.” MENDES, op. cit., p. 334.

pena de prisão é que se poderá encontrar o núcleo essencial e intransponível de ingerência estatal sobre a função constitucional da pena.

Posto isso, atentos à análise de Paulo Gonet Branco<sup>487</sup>, ver-se-á que os direitos fundamentais são expressos a partir do desempenho de suas múltiplas funções. Partindo da teoria dos quatro *status* de Jellinek, Paulo Gonet Branco afirma que, depurados ao longo do tempo, destacam-se os direitos de defesa (ou direitos de liberdade) e os direitos a prestações (ou direitos cívicos), como espécies de direitos fundamentais mais frequentemente utilizadas pela doutrina.

Com essa perspectiva que se acena para o princípio da individualização da pena como direito de defesa, cuja dimensão do “[...] âmbito de proteção dos direitos individuais e restrições a esses direitos são conceitos correlatos”, lembra Gilmar Mendes<sup>488</sup>.

Sucedede que, para que se delimite o núcleo essencial da garantia fundamental à individualização da pena, requer-se, antes, entretanto, verificar seu âmbito de proteção e suas possíveis restrições<sup>489</sup>.

José Joaquim Gomes Canotilho, delimitando o conceito de restrição, informa ser de suma importância na compreensão do tema entender que somente se deve falar em restringir direitos fundamentais quando há efetivamente uma limitação no âmbito de proteção desses direitos<sup>490</sup>.

Daí porque o autor sustenta que, para averiguar a existência de uma verdadeira restrição, é imperioso desenvolver uma diretriz metodológica, cuja finalidade é depurar: a um, “[...] a delimitação do âmbito de proteção da norma; a dois, a averiguação do tipo,

<sup>487</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Teoria geral dos direitos fundamentais. In: MENDES; COELHO e BRANCO, op. cit., p. 265-327. p. 288. Para o tema ver também BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004 e JELLINEK, George. **Reforma e mutación de la Constitución**. Tradução de Christian Forter. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

<sup>488</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Limitações dos direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 328-392. p. 329.

<sup>489</sup> Lembra Virgílio Afonso da Silva que “[...] o conceito abstrato de âmbito de proteção não oferece, inicialmente, grandes problemas. Estes surgem a partir da necessidade de se definir, em concreto, quais são, de fato, os bens protegidos e quais não são. Para essa pergunta há duas respostas básicas possíveis; ou se inclui nesse âmbito toda ação, fato, estado ou posição jurídica que tenham qualquer característica que, isoladamente considerada, faça parte do ‘âmbito temático’ ou do ‘âmbito da vida’ de um determinado direito fundamental; ou é necessária alguma forma de ‘triagem’ prévia, que exclua algumas condutas sabidamente proibidas dessa proteção. Como se verá adiante, essas duas variantes, que podem ser, aqui, chamadas de âmbito de proteção amplo e restrito, estão na base de duas formas diversas de suporte fático, também denominadas ampla e restrita”. SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 72-73.

<sup>490</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 601.

natureza e finalidade da restrição; a três, o controle da observância dos limites estabelecidos pela Constituição às leis restritivas (problema dos limites de limites)<sup>491</sup>.

Providenciadas tais balizas metodológicas, permite-se sustentar um conteúdo essencial ao campo de proteção da individualização da pena, bem por isso a análise do caso concreto proporciona condições para tal desiderato.

Desde o emblemático julgamento do HC 82.959/SP<sup>492</sup>, lembra Gilmar Mendes<sup>493</sup> que restou ampliado o âmbito de proteção do direito à individualização estampado no art. 5º, inciso XLVI da Constituição. Com efeito, o conceito de individualização da pena não mais fica restrito apenas ao campo de atuação do legislador, em abstrato, e ao juiz, em concreto, a mera dosimetria da sanção penal. De fato, seguindo amplo entendimento doutrinário, a individualização constitucional da pena alarga seu suporte fático para, também, cumprir o papel fundamental de individualizar a execução da pena.

Em verdade, o raciocínio segundo o qual o princípio da individualização estaria exclusivamente dirigido ao legislador, sem nenhum significado para a posição do indivíduo, além de se posicionar como “[...] norma extravagante no catálogo de direitos fundamentais, esvaziaria por completo qualquer eficácia dessa norma”. Desse entendimento depreende-se que, para cominar a individualização da pena *in abstracto*, o legislador prescindiria de qualquer autorização constitucional expressa. Logo, perderia a razão de ser da imposição constitucional inserta no art. 5º, inciso XLVI e bastaria o critério

---

<sup>491</sup> Ibid., p. 602.

<sup>492</sup> O Min. Celso de Mello, por ocasião do julgamento do HC 69.657, de 18-6-1993, que levava pela primeira vez ao Plenário da Corte a questão referente à possibilidade de progressão de regime para os crimes hediondos, firmou entendimento (que inclusive manteve quando de seu voto no HC 82.959/SP), pela restrição (ao legislador) do âmbito de proteção do princípio da individualização da pena, bem assim considerou que o sistema progressivo não se reveste da condição de postulado fundamental. Importante mencionar a parte de seu voto: “Impõe-se ressaltar que esse postulado tem por exclusivo destinatário o próprio legislador, a quem competirá, em função da natureza do delito e de todos os elementos que lhe são circunstanciais – e a partir de uma opção político-jurídica que se submete à sua inteira discricção – cominar, em momento de pura abstração, as penas respectivas e definir os correspondentes regimes de sua execução. O princípio constitucional da individualização das penas, que é de aplicabilidade restrita, concerne, exclusivamente, à ação legislativa do Congresso Nacional. [...] A progressividade no processo de execução das penas privativas de liberdade, de outro lado, não se erige à condição de postulado constitucional. A sua eventual inobservância, pelo legislador ordinário, não ofende o princípio de individualização penal.” [grifo nosso]. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 69.657**, de 18-6-1993. Voto Min. Celso de Mello. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=HC+69.657>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

<sup>493</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais de caráter judicial e garantias constitucionais do processo In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 535-737. p. 658.

geral do *nullum crimen, nulla poena sine lege*, já prevista pelo inciso XXXIX do art. 5º da CF/88<sup>494</sup>.

Tal mudança de entendimento jurisprudencial reveste-se de percuciente abordagem do princípio da individualização da pena, de modo a delimitar no seu âmbito de proteção – de fato mais alargado (suporte amplo) – os limites de suas restrições (teoria interna – limites imanentes) e desvendar seu núcleo essencial a partir do caso concreto (teoria relativa)<sup>495</sup>.

Bem por isso recorre-se novamente às razões de decidir do HC nº 82.959-7, cujo paradigma jurisprudencial balizou a nova interpretação do princípio da individualização da pena.

O Ministro Cezar Peluso, por ocasião de seu voto-vista, em 18.12.03, em atenção à glosa sistemática dos princípios penais constitucionais, não olvida de lembrar que a Constituição, quando recrudescer a política penal em relação aos crimes hediondos e equiparados insertos no art. 5º, inciso XLIII, excepcionou a regra geral de liberdade por meio da fiança e a concessão de graça e a anistia, não fazendo nenhuma menção à impossibilidade de progredir de regime. Com efeito, “[...] tendo predicamento constitucional o princípio da individualização da pena (em abstrato, em concreto e em sua execução), exceção somente poderia ser aberta por norma de igual hierarquia nomológica”<sup>496</sup>.

<sup>494</sup> Ibid., p. 656. Em verdade, trata-se de trecho do voto-vista do Min. Gilmar Mendes por ocasião da retomada do julgamento do HC 82.959/SP, em 02.12.04, p. 590 do acórdão.

<sup>495</sup> “Os adeptos da chamada teoria absoluta (absolute theorie) entendem o núcleo essencial dos direitos fundamentais (Wesensgehalt) como unidade substancial autônoma (substantieller Wesenskern) que, independentemente de qualquer situação concreta, estaria a salvo de eventual decisão legislativa. Essa concepção adota uma interpretação material segundo a qual existe um espaço interior livre de qualquer intervenção estatal. Em outras palavras, haveria um espaço que seria suscetível de limitação por parte do legislador; outro seria insuscetível de limitação. Neste caso, além da exigência de justificação, imprescindível em qualquer hipótese, ter-se-ia um ‘limite do limite’ para a própria ação legislativa, consistente na identificação de um espaço insuscetível de regulação. Os sectários da chamada teoria relativa (relative Theorie) entendem que o núcleo essencial há de ser definido para cada caso, tendo em vista o objetivo perseguido pela norma de caráter restritivo. O núcleo essencial seria aferido mediante a utilização de um processo de ponderação entre meios e fins (Zwueck-Mittel-Prüfung), com base no princípio da proporcionalidade. O núcleo essencial seria aquele mínimo insuscetível de restrição ou redução com base nesse processo de ponderação. Segundo essa concepção, a proteção do núcleo essencial teria significado marcadamente declaratório”. MENDES, Gilmar Ferreira. Limitações dos direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 328-392. p. 351. Para o tema ver também CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 454.

<sup>496</sup> Voto-vista Min. Cezar Peluso no HC nº 82.959-7, São Paulo, em 18.12.03, p. 553-554 do acórdão. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HABEAS CORPUS 82.959-7**, São Paulo. Relator para o Acórdão, Ministro

Por sua vez, o Ministro Gilmar Mendes<sup>497</sup>, em 02.12.04, sustentou em seu voto-vista que tudo leva a crer – no tocante à fórmula aberta contida na reserva legal explícita do art. 5º, inciso LXVI, igualmente aos demais comandos constitucionais que se reportam à intervenção legislativa – que o princípio da individualização da pena expressa um direito subjetivo, que não se adstringe à mera imputação da pena *in abstracto*, mas que se revela abrangente da própria forma de individualização (progressão).

Dito de outra maneira, o âmbito de proteção utilizado pelo constituinte resguarda um direito fundamental à individualização da pena. A reserva à lei explícita compreende, apenas, que esse direito está submetido a uma restrição legal expressa, bem assim “[...] que o legislador poderá fazer as distinções e qualificações, tendo em vista as múltiplas peculiaridades que dimanam da situação a reclamar regulação”. É inequívoco, por outro lado, que a restrição legal submete-se a limites. Caso contrário, “[...] ter-se-ia a possibilidade de nulificação do direito fundamental submetido à reserva legal por simples decisão legislativa”<sup>498</sup>.

Destarte, outro não é o âmago da questão: considerando que se está perante um direito fundamental à individualização da pena, não se tratando de simples orientação genérica ao legislador – mesmo porque isso equivaleria a tornar inútil a previsão do dispositivo no quadrante dos direitos fundamentais –, torna-se cogente cogitar um limite à ação do legislador<sup>499</sup>.

Bem por isso o Ministro Gilmar Mendes questiona se o legislador teria o condão, dada a natureza do delito, de prescrever, igualmente o fez quanto aos crimes hediondos, que a pena de prisão seria cumprida integralmente em regime fechado. Vale dizer, “[...] se na autorização para intervenção no âmbito de proteção desse direito está implícita a possibilidade de eliminar qualquer progressividade na execução da pena”<sup>500</sup>.

Para responder à complexa indagação, o Ministro Gilmar Mendes recorre-se da teoria do núcleo essencial como garantia fundamental à individualização da pena:

---

Marco Aurélio de Mello. 23.02.2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/noticias/imprensa/VotoGilmarHC82959.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

<sup>497</sup> Voto-vista Min. Gilmar Mendes no HC nº 82.959-7, São Paulo, em 02.12.04, p. 591 do acórdão. Ibid.

<sup>498</sup> Voto-vista Min. Gilmar Mendes no HC nº 82.959-7, São Paulo, em 02.12.04, p. 591 do acórdão. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HABEAS CORPUS 82.959-7**, São Paulo. Relator para o Acórdão, Ministro Marco Aurélio de Mello. 23.02.2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/noticias/imprensa/VotoGilmarHC82959.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

<sup>499</sup> Voto-vista Min. Gilmar Mendes no HC nº 82.959-7, São Paulo, em 02.12.04, p. 591 do acórdão. Ibid.

<sup>500</sup> Voto-vista Min. Gilmar Mendes no HC nº 82.959-7, São Paulo, em 02.12.04, p. 591-592 do acórdão. Ibid.

Independentemente da filiação a uma das teorias sobre a identificação desse conteúdo essencial, é certo que o modelo adotado na Lei n. 8.072/90 faz tábula rasa do direito à individualização no que concerne aos chamados crimes hediondos. A condenação por prática de qualquer desses crimes haverá de ser cumprida integralmente em regime fechado. O núcleo essencial desse direito, em relação aos crimes hediondos, resta completamente afetado. Na espécie, é certo que a forma eleita pelo legislador elimina toda e qualquer possibilidade de progressão de regime e, por conseguinte, transforma a idéia de individualização, enquanto aplicação da pena em razão de situações concretas, em maculatura. Como analisado, no caso dos crimes hediondos, o constituinte adotou um conceito jurídico indeterminado que conferiu ao legislador ampla liberdade, o que permite quase a conversão da reserva legal em um caso de interpretação da Constituição segundo a lei. Os crimes definidos como hediondos passam a ter um tratamento penal agravado pela simples decisão legislativa. E a extensão legislativa que se emprestou à conceituação de crimes hediondos, como resultado de uma política criminal fortemente simbólica, agravou ainda mais esse quadro.<sup>501</sup> [Grifo nosso].

Outro não é o entendimento de Maria Lúcia Karam, quando sustenta que “[...] a imposição de um regime único e inflexível para o cumprimento da pena privativa” de liberdade, expurgando o sistema progressivo de cumprimento da pena, afronta o próprio núcleo essencial do princípio da individualização da pena, retirando-lhe, assim, indevidamente sua eficácia, e, por consequência, “[...] diminuindo a razão de ser da norma constitucional que, assentada no inciso XLVI do art. 5º da Carta de 1988, o preconiza e garante”<sup>502</sup>.

### **3.3.2 A hermenêutica (penal) constitucional: análise histórica do processo de elaboração da pena de prisão pelo constituinte de 1988**

Talvez a nota distintiva que mais concorra para a identificação do objeto desta pesquisa encontre-se no campo da abordagem histórica do processo de elaboração da pena de prisão pelo poder constituinte originário de 1988.

Não é demasiado lembrar, entretanto, que a ênfase na análise hermenêutico-histórica, cujas raízes deitam nos métodos clássicos de interpretação, não tem a pretensão de “monopolizar a verdade” acerca da função constitucional da pena de prisão pelo fato de esgrimir argumentos que – ainda que colaborem para o deslinde de algumas premissas

<sup>501</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Limitações dos direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 328-392. p. 355. Também no Voto-vista Min. Gilmar Mendes no HC nº 82.959-7, São Paulo, em 02.12.04, p. 602 do acórdão. BRASIL, op. cit.

<sup>502</sup> KARAN, Maria Lúcia. Regimes de cumprimento da pena privativa de liberdade. In: **ESCRITOS em homenagem a Alberto Silva Franco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 314.

hipotéticas – circunscrevem-se no âmbito da vontade unilateral do legislador (*voluntas legislatoris*)<sup>503</sup>.

Sucedem que, como dito, não é essa a nossa intenção.

Em verdade, a abordagem histórica como critério interpretativo “[...] procura nos fatos da elaboração do enunciado normativo a explicação deste”<sup>504</sup>. Para tanto, tornara-se relevante buscar subsídios nos precedentes normativos que antecederam à nova disciplina, de modo a confrontá-los e melhor compreender os motivos condutores de seu nascimento<sup>505</sup>.

Demais disso, a exegese histórica se constrói a partir de um cuidadoso exame dos *trabalhos preparatórios (discussões parlamentares, emendas preteridas etc)*, instrumentos auxiliares que revelam o sentido histórico da gênese normativa<sup>506</sup>, de modo a “[...] desenvolver no intérprete uma visão mais ampla”<sup>507</sup>.

Em sentido semelhante, Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento anotam que:

No domínio constitucional, o elemento histórico também pode ser empregado. Ele envolverá, por exemplo, a pesquisa dos anais da Constituinte e de outros documentos da época. No cenário constitucional brasileiro, não se deve ignorar o elemento histórico da interpretação, até em reverência à especial legitimidade da nossa Assembleia Constituinte de 87/88.<sup>508</sup>

<sup>503</sup> Em acintosa crítica ao mérito hermenêutico-histórico vem a crítica de Maurach: “*La interpretación histórica há pasado pues a ser un recurso de último grado. La génesis de la ley, independientemente de que su nacimiento se deba a un compromiso parlamentario o a un acto de poder de un dictador, constituye un recurso de valor sumamente dudoso. Quien interpreta la ley desde los motivos o debates como tales, incurre en la ilusión de aplicaria. Los motivos pasan y las leyes permanecen. Los antecedentes parlamentarios de las leyes modernas reproducen tan sólo, en el mejor de los casos, la opinión de los partidos colaboradores o el criterio de los ponentes. Con frecuencia muestra la práctica que la ley debe ser aplicada en un sentido y dirección distintos a los queridos por sus autores. Se producen nuevas situaciones, nuevos conocimientos, nuevas formas de delito con las que el legislador no podía contar. La interpretación histórica fosiliza la ley en el momento de su entrada en vigor; es incapaz de mantener, con el paso de los decenios, su elasticidad y consiguiente eficacia*”. MAURACH, Reinhart. **Tratado de derecho penal**. Tradução de Córdoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962. p. 108.

<sup>504</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 176.

<sup>505</sup> FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 250.

<sup>506</sup> *Ibid.*, p. 250.

<sup>507</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 171.

<sup>508</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. 3. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 416-417.



É nessa linha de raciocínio que Tercio Sampaio Ferraz Jr. ensina que “[...] tudo isso há de lhe fornecer a chamada *occasio legis*, isto é, o conjunto de circunstâncias que marcaram efetivamente a gênese da norma”<sup>509</sup>.

Entretanto, adverte José Afonso da Silva que se deve ter cuidado ao falar em “interpretação genética”, de modo a não categorizá-la como “originalismo”, critério hermenêutico pelo qual o intérprete se cinge a investigar e revelar “a intenção original do constituinte”. Isso porque, no geral, a doutrina brasileira não é adepta da teoria que homenageia “[...] a intenção do constituinte como método válido de interpretação constitucional, até porque não há maneira de descobrir tal intenção”<sup>510</sup>.

Nessa mesma linha admoestativa, José Virgílio da Silva sustenta que pretender alcançar “[...] a intenção do legislador constituinte para delimitar o âmbito de proteção dos direitos fundamentais é uma estratégia que, em poucos 20 anos, demonstra um anacronismo e um conservadorismo dificilmente sustentáveis”<sup>511</sup>.

Por outro lado, lembram Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento que, a despeito de a hermenêutica jurídica hodierna privilegiar a visão objetiva (sentido normativo da lei)<sup>512</sup> em detrimento da subjetiva (vontade do legislador), isso não sinaliza para a irrelevância do elemento histórico que, mesmo não sendo necessariamente decisivo, “[...] pode se revelar um instrumento útil na busca do sentido atual da norma jurídica a ser aplicada”<sup>513</sup>.

Bem por isso, a percepção que se tem da interpretação histórica é de sua utilidade como critério hermenêutico complementar, justo porque, isoladamente, não se mostra conclusiva,

<sup>509</sup> FERRAZ JUNIOR, op. cit., p. 250.

<sup>510</sup> SILVA, José Afonso da. Prefácio. In: LIMA, João Alberto de Oliveira; PASSOS, Edilenice; NICOLA, João Rafael. **A gênese do texto da Constituição de 1988**. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2013. p. XIX.

<sup>511</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 96.

<sup>512</sup> Semelhente entendimento encontra-se na lição de Muñoz Conde: “*La interpretación histórica plantea, sin embargo, un problema muy discutido en el ámbito de la interpretación: ¿a qué debe atender el intérprete, a la voluntad del legislador en el momento de generación de la ley o a la voluntad objetiva que se desprende de la ley misma? A esta pregunta se contesta por la doctrina dominante de un modo claro y contundente, aceptando el criterio objetivo, es decir, atendiendo a la voluntad de la ley*”. MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal**. Primera edición. Barcelona: Bosch, 1975. p. 221.

<sup>513</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. 3. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 416. Demais disso, há situações em que, por justiça da decisão, pode-se pender em favor de uma interpretação histórica, tal como ensina Muñoz Conde: “*Estos argumentos son indudablemente convincentes, pero no se puede olvidar que su aceptación plantea a veces conflictos graves, cuando la discrepancia entre la voluntad del legislador y la de la ley afecta a la justicia en la decisión de un caso y, precisamente, la voluntad del legislador ofrece la solución más justa*”. MUÑOZ CONDE, op. cit., p. 222.

“[...] embora se qualifique como um importante subsídio para situar o intérprete no uso de outras técnicas interpretativas que, em conjunto, podem levar, afinal, a uma resposta sobre o problema gerado pela omissão legislativa”<sup>514</sup>.

Esse é o espaço a ser ocupado pela técnica hermenêutica em apreço: ao tempo em que não se perde de perspectiva que “[...] o constitucionalismo sempre tem em mente a Constituição em si mesma”, para que se aproxime da exatidão de seu conteúdo, recorre-se ao plano histórico de sua confecção, de modo a melhor entender “[...] os valores nela incorporados e os rejeitados, propiciando um material constituinte para uma interpretação histórica da Constituição”<sup>515</sup>.

### 3.3.2.1 Processo de elaboração do texto constitucional de 1988: antecedente histórico

Antes de mais nada, é imperioso contextualizar, em apertada síntese, que o período histórico de transição tinha no regime de ditadura militar o modelo político que antecederia a abertura política para a convocação da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/88. Sucede que, “[...] mesmo que a transição não tenha sido liderada pelos setores mais radicais da sociedade e do segmento político, e sim por uma coalização formada entre as forças moderadas que davam suporte ao governo militar e os setores também moderados de oposição”, não pairam dúvidas de que se tratava de uma “autêntica manifestação da soberania popular”<sup>516</sup>.

Dito de forma mais elucidativa, deve-se tal legitimidade do processo de ruptura jurídico-política à sincera vontade popular de mudança, já esboçada quando do movimento das diretas já, “[...] que mobilizou intensamente a sociedade brasileira nos anos de 1983/84”<sup>517</sup>.

<sup>514</sup> FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 251.

<sup>515</sup> SILVA, José Afonso da. Prefácio. In: LIMA, João Alberto de Oliveira; PASSOS, Edilenice; NICOLA, João Rafael. **A gênese do texto da Constituição de 1988**. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2013. p. XIX.

<sup>516</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. 3. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 159.

<sup>517</sup> Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza não olvidam de que, “[...] em meados dos anos 80, o país vivia um típico ‘movimento constitucional’ caracterizado pela efervescência política e pela genuína mobilização popular em prol de um ‘recomeço’. Era essa a verdadeira fonte de autoridade da Assembleia Constituinte e não a Eenda Constitucional nº 26. Por isso, a Assembleia Constituinte ‘livre e soberana’ de 1987/1988 traduziu autêntica expressão do poder constituinte originário”. Ibid., p. 159.

Importa acrescentar – para além desse importante fator de legitimação de uma nova ordem jurídico-constitucional, desgarrada dos valores que campeavam o Estado brasileiro durante a égide do autoritarismo militar – que eventual transição pacífica, como ocorreu no Brasil, fruto de um consenso jurídico-político, é também meio idôneo de manifestação do poder constituinte originário<sup>518</sup>.

Tal contextualização revela-se pertinente para demonstrar a soberania do movimento que promoveu a nova ordem constitucional de 1988, sobretudo quando confrontada com posições que divergiam quanto a sua legitimidade, pelo que advogavam que a convocação da Assembleia Constituinte, por emenda constitucional, não teria a chancela de um autêntico poder constituinte originário, consubstanciando-se em um poder derivado e, “[...] como tal, limitado pela norma que o convocara”<sup>519</sup>.

Ultrapassadas essas preliminares, passa-se à abordagem do Anteprojeto Afonso Arinos e dos Trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte no tocante à pena de prisão e sua finalidade.

### 3.3.2.2 Anteprojeto Afonso Arinos e a pena de prisão

Após Tancredo Neves ser eleito Presidente indiretamente pelo Colégio Eleitoral em 1985, assumiu-se o compromisso de convocar a Assembleia Nacional Constituinte. Entretanto, em vista de sua morte inesperada, seu vice, José Sarney, tomou posse e, mantendo o referido compromisso, enviou a Emenda Constitucional nº 43 ao Congresso Nacional, a fim de dar início, em 01 de fevereiro de 1987, aos trabalhos de confecção do texto constitucional. Para tanto, José Sarney, na esteira do que programado por Tancredo Neves, “[...] nomeou uma Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, presidida pelo jurista Afonso Arinos, que ficou encarregada de elaborar um anteprojeto de Constituição”<sup>520</sup>.

Sem embargo das duras críticas sofridas pela referida comissão – justo porque “[...] setores à esquerda não aceitavam o protagonismo do Presidente da República na definição da

---

<sup>518</sup> Neste sentido lembra Bernardo Gonçalves Fernandes que o modo de legitimação do poder político da nação pode ter origem “em um golpe de estado, em uma revolução ou de um consenso jurídico-político”. FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 122.

<sup>519</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 168-170.

<sup>520</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. 3. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 156.

agenda da Constituição” – fora elaborado um texto extenso, analítico, com “[...] 436 artigos no corpo permanente e 32 nas disposições transitórias, mas de teor avançado e democrático”<sup>521</sup>.

Sucedeu que o anteprojeto, ainda que elaborado por notáveis juristas de vertentes ideológicas bastante diversificadas<sup>522</sup>, não caiu no gosto do Presidente Sarney, especialmente por versar opção pelo regime parlamentarista. Com efeito, José Sarney entendeu por não enviá-lo à Assembleia Constituinte para que servisse de esteio para seus trabalhos, “[...] encaminhando-o ao Ministério da Justiça, onde foi arquivado”<sup>523</sup>.

No entanto, o anteprojeto teve indiscutível relevância no processo constituinte, conforme lembra José Afonso da Silva:

Durante o seu funcionamento, foi ela o único foro de discussão constitucional. Talvez, não fosse ela, a questão constituinte tivesse tido outra direção, porque havia pressão para se fazer simples modificações na Constituição de 1969, em vez da convocação de uma assembleia constituinte. Ainda hoje penso que, se não fossem as discussões constituintes por ela empreendidas com intensa repercussão na mídia e popular, talvez não tivéssemos tido a convocação da constituinte, nem uma convocação defeituosa como tivemos.<sup>524</sup>

Tal posição é referendada por Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento Daniel Sarmiento, pelo que afirmam “[...] ter o texto do Anteprojeto, que recebera grande divulgação, exercido influência sobre a elaboração da Constituição de 1988”<sup>525</sup>.

<sup>521</sup> Ibid., p. 157.

<sup>522</sup> “Fenômeno comum à Comissão Afonso Arinos e à Assembleia Nacional Constituinte foi o de que ambas eram compostas de maioria conservadora e, no entanto, produziram resultados razoavelmente progressistas. De fato, a composição da Comissão Afonso Arinos, no fundo, era muito semelhante à que veio a prevalecer na Constituinte: maioria conservadora (direita, centro-direita e centro) e minoria progressista (esquerda e centro-esquerda), ou seja: direita 6; centro-direita 8; centro 15; centro-esquerda 13; esquerda 79. Como a Comissão se compunha de 49 membros, tem-se: direita, aproximadamente 12%; centro-direita, 16%; centro, pouco mais de 31%; centro-esquerda, cerca de 26%; e esquerda, 14%. Segundo pesquisa do jornal Folha de S. Paulo, a composição da Constituinte era: direita, 12%; centro-direita, 14%; centro, 32%; centro-esquerda, 23%; esquerda 9%.” SILVA, José Afonso da. Prefácio. In: LIMA, João Alberto de Oliveira; PASSOS, Edilenice; NICOLA, João Rafael. **A gênese do texto da Constituição de 1988**. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2013. p. XIX.

<sup>523</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. 3. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 157. Sem prejuízo do arquivamento do anteprojeto, adverte Nelson Jobim que “[...] de nada adiantaria o envio por Sarney de anteprojeto de Constituição ao Congresso, pois não tinha força política para enviar um Projeto à Assembleia Constituinte, já que seria rejeitado [...] porque havia disputa naquele momento entre Ulysses e Sarney”. JOBIM, Nelson. A constituinte vista por dentro: vicissitudes, superação e efetividade de uma história real. In: SAMPAIO, José Adércio (Coord.). Quinze anos da Constituição. p. 10, apud SOUZA NETO; SARMENTO, op. cit., p. 158.

<sup>524</sup> SILVA, op. cit., p. XIX.

<sup>525</sup> SOUZA NETO; SARMENTO, op. cit., p. 158.

Em vista da significância que o anteprojeto exerceu no plano de trabalho da elaboração da Constituição de 1988 é possível dizer que não passou despercebido, no campo da função constitucional da pena, sua então previsão pela prevenção especial positiva, objetivando a reabilitação para o convívio social do condenado através da educação.

Outra não é redação do art. 34, §3º, do Anteprojeto:

A lei assegurará a individualização da pena e da sua execução, dentro de um regime definido, que compreenderá:

[...]

§ 3º – Será ministrada ao preso educação a fim de reabilitá-lo para o convívio social.<sup>526</sup>

Diz-se que não passou despercebido, pois, como se verá, o tema da função constitucional da pena no texto de 1988 esteve presente nos debates das audiências públicas, bem assim chegou a ser incorporado, por emendas ou projetos temáticos, em alguns textos que antecederam a redação final levada à votação em plenário.

### 3.3.2.3 Dos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte

Era uma engrenagem complexa, lembra José Afonso da Silva. A matéria bruta se instalava pelas vinte e quatro subcomissões<sup>527</sup>, momento em que sofria a primeira lapidação, por meio de emendas e substitutivos, saindo, daí, o primeiro esboço constitucional em formato preliminar de anteprojetos temáticos. Partiam, em seguida, *para a segunda instância de decisão, as oito comissões temáticas*<sup>528</sup> em que se apurava e depurava o material vindo

<sup>526</sup> BRASIL. Senado Federal. **Anteprojeto Constitucional**, elaborado pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, instituída pelo Decreto nº 91.450, de 18 de julho de 1985. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/AfonsoArinos.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

<sup>527</sup> “As subcomissões começaram a trabalhar em 1º de abril de 1987 e os seus trabalhos se estenderam até 25 de maio daquele ano. Elas eram regimentalmente obrigadas a realizar entre 5 e 8 audiências públicas, tendo algumas organizado caravanas para outros Estados, visando a facilitar o contato com as respectivas populações.” COELHO, João Gilberto Lucas. O processo constituinte. In: GURAN, Milton (Coord.). **O processo constituinte 1987-1988**. Brasília: Agil, 1988. p. 45.

<sup>528</sup> Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza explicam que, “[...] em seguida, iniciou-se o processo nas comissões temáticas, que se estendeu até 15 de junho de 1987. Foi mais uma fase de grandes disputas, com intensa participação social e atuação marcante na Constituição dos mais variados *lobbies*. No total, foram recebidas naquela fase nada menos que 14.911 propostas de emenda. Os textos aprovados incorporavam muitos avanços na área dos direitos humanos e de organização estatal.” SOUZA NETO, Cláudio Pereira de;

das subcomissões, produzindo um anteprojeto de Constituição que, ato contínuo, era encaminhado à Comissão de Sistematização<sup>529</sup>, local onde o material era reexaminado e *sistematizado num projeto de Constituição a ser submetido ao Plenário da Assembleia Nacional Constituinte*, oportunidade na qual era apreciado em dois turnos de discussão e votação para, finalmente, se chegar à versão promulgada do texto constitucional de 1988<sup>530</sup>.

Ainda no âmbito das subcomissões e comissões temáticas, a finalidade da pena sempre esteve presente. Assim se viu da Subcomissão dos Direitos Políticos dos Direitos Coletivos e Garantias<sup>531</sup>, da Subcomissão das Garantias e Direitos Individuais<sup>532</sup>, da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher<sup>533</sup> e da Comissão da Ordem Social<sup>534</sup>.

SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed. 3. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 164.

<sup>529</sup> “Depois passou-se à fase da Comissão de Sistematização. Tal Comissão, que acabou funcionando com 93 titulares, e não 89, como previsto regimentalmente, foi presidida pelo Senador do PFL/RJ, Afonso Arinos, e relatada pelo Deputado Federal do PMDB/AM, Bernardo Cabral. A composição da Comissão de Sistematização também a localizava mais à esquerda da média da Assembleia Constituinte e a sua forma de trabalho caracterizava-se pela atribuição de amplos poderes ao Relator”. *Ibid.*, p. 164.

<sup>530</sup> SILVA, José Afonso da. Prefácio. In: LIMA, João Alberto de Oliveira; PASSOS, Edilenice; NICOLA, João Rafael. **A gênese do texto da Constituição de 1988**. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2013. p. XIX.

<sup>531</sup> Fase “A” – Anteprojeto do Relator. “Art. 26. Os detentos têm direito ao respeito à sua dignidade e integridade física e mental, à assistência espiritual e jurídica, à sociabilidade, à comunicabilidade e ao trabalho produtivo e remunerado, que será obrigatório.” Fase “C” – Anteprojeto da subcomissão “Art. 28. Os detentos têm direito à dignidade e integridade física e mental, à assistência espiritual e jurídica, à ressocialização, à comunicabilidade e ao trabalho produtivo e remunerado, na forma da lei.” BRASIL. **A construção do artigo 5º da Constituição de 1998**. [recurso eletrônico]. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2013. p. 236. (Série obras comemorativas. Homenagem; n. 9).

<sup>532</sup> Fase “A” – Anteprojeto do Relator. “Art. 1º São direitos e garantias individuais: [...] § 20. O preso provisório ou condenado tem direito ao respeito à sua dignidade, à integridade física e mental, à assistência espiritual e jurídica, à sociabilidade, comunicação e ao trabalho produtivo e remunerado, na forma da lei. Será ministrada ao preso educação, a fim de reabilitá-lo para o convívio social.” Fase “C” – Anteprojeto da subcomissão. “Art. 1º São direitos e garantias individuais: [...] § 21. O preso provisório ou condenado tem direito ao respeito à sua dignidade, à integridade física e mental, à assistência espiritual e jurídica, à sociabilidade, comunicação e ao trabalho produtivo e remunerado, na forma da lei. Será ministrada ao preso educação, a fim de reabilitá-lo para o convívio social.” *Ibid.*, p. 237.

<sup>533</sup> Fase “H” – Anteprojeto da comissão. Art. 3º, inc. XIX – A Segurança Jurídica, alínea r): “[...] são assegurados aos detentos assistência espiritual, sociabilidade, ressocialização, comunicabilidade, trabalho produtivo e remunerado na forma da lei, sendo iguais os benefícios concedidos aos presos de ambos os sexos; [...]”. *Id.* Câmara dos Deputados. **O processo constituinte**. 3. Comissões Temáticas. H. Anteprojeto da Comissão. I. Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentsAvulsos/vol-69.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2017.

<sup>534</sup> Fase “F” – substitutivo do Relator. “Art. 77. Os presos têm direito ao respeito de sua dignidade e integridade física e mental, à assistência espiritual, educacional, jurídica, sanitária, à sociabilidade, à comunicabilidade, ao trabalho produtivo e remunerado, na forma da lei.” Fase “H” – Anteprojeto da comissão. “Art. 98. Os presos têm direito ao respeito de sua dignidade e integridade física e mental, à assistência espiritual, educacional, jurídica, sanitária, à sociabilidade, à comunicabilidade, ao trabalho produtivo e remunerado, na forma da lei.” *Id.* **A construção do artigo 5º da Constituição de 1998**. *Op. cit.*

No âmbito da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher – Subcomissão dos Direitos Políticos e Garantias Individuais – realizou-se audiência pública, em 06/05/1987, oportunidade na qual a professora Armida Bergamini Miotto tratou do tema “a pena e os direitos do condenado”<sup>535</sup>.

Em sua explanação, a autora propõe, no âmbito da individualização da pena, sua finalidade prioritária, vocacionada, em sua fase de execução, à emenda, permanência e reintegração social do condenado. A passagem é digna de transcrição:

Para constituir o parágrafo 3º do artigo, a proposta se expressa nos seguintes termos: A pena será cominada conforme a gravidade do fato, aplicada conforme o princípio da individualização, e executada mediante regimes que ofereçam ao condenado condições para a sua emenda e permanência ou reintegração no convívio social. Justificativa: a experiência na área penal e de execução penal, ou mais amplamente penitenciária, tem demonstrado que, para os fins de justiça e de humanização e eficácia da pena, não basta a afirmação do princípio da individualização, sem preceder a afirmação do princípio da cominação, conforme a gravidade do fato, seguida de uma definição da execução que seja suficiente para garantir a efetivação daqueles fins.<sup>536</sup>

Para além disso, a expositora aponta os regimes penais relativos às penas privativas de liberdade e seus substitutivos penais, componentes indissociáveis do processo progressivo de individualização da pena:

Os regimes que na atualidade são aceitos sem discrepância pela doutrina e por recomendações internacionais, já de algum modo adotados pela nossa legislação ordinária, são os três seguintes: – fechado, semi-aberto e aberto – a serem observados com recolhimento à prisão; um referindo-se ao cumprimento de pena na comunidade (sem recolhimento à prisão). Não é de excluir que, pela vivência de penas sem prisão (restrições de liberdades, suspensão e interdição de direitos) e pela evolução doutrinária delas, o seu regime de execução venha a ter desdobramentos. A diversidade de regimes é condição para a efetiva individualização da pena; ela é fator que permite as diversificações individuais durante a execução – que para o condenado é cumprimento.<sup>537</sup>

<sup>535</sup> BACKES, Ana Luiza; AZEVEDO, Débora Bithiah de; ARAÚJO, José Cordeiro de (Org.). **Audiências públicas na Assembléia Nacional Constituinte**: a sociedade na tribuna. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009. p. 114.

<sup>536</sup> BACKES, Ana Luiza; AZEVEDO, Débora Bithiah de; ARAÚJO, José Cordeiro de (Org.). **Audiências públicas na Assembléia Nacional Constituinte**: a sociedade na tribuna. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009. p. 114.

<sup>537</sup> Ibid.

Demais disso, a professora descarta qualquer finalidade terapêutica ou educacional como função penal, em vista da liberdade de consciência do recluso. Bem por isso admoesta para a imprecisão técnica que se extrai da glosa do Anteprojeto Afonso Arinos:

O § 3º, do artigo 34 do Anteprojeto Arinos diz: “Será ministrada ao preso educação, a fim de reabilitá-lo para o convívio social.” Ora, a palavra “educação” que, como reeducação, é muito usada nos meios penitenciários é, pelo menos, equívoca. Com efeito, às vezes é usada (não só nos meios penitenciários, como em outros também) em má tradução do inglês education, que pode significar educação, como pode significar instrução, escolarização. Quando nos textos internacionais sobre condenados, em inglês, consta education, nos textos em francês consta Instruction (para aqueles condenados que precisarem, não para todos; evidentemente). Outras vezes, é usada a palavra educação, como são usadas, várias, próprias da linguagem, da orientação, do tratamento científico substitutivo da pena, quando o condenado era visto e tratado como simples indivíduo, sujeito passivo do tratamento, o que não condiz com o moderno entendimento e com as modernas preocupações a respeito dos direitos do mesmo condenado. Ademais, pretender estender ministração da educação ao preso (em sentido global ou genérico) indistintamente, como fazem os termos do § 3º, do artigo 34 do Anteprojeto Afonso Arinos é comprometer o princípio da individualização, além de abranger indevidamente os presos provisórios. Bastam esses argumentos, embora outros mais possam ser aduzidos contra a ministração generalizada de educação ao preso, como pretende o citado texto do anteprojeto. Análogo é o que acontece com a expressão “reabilitação” que completaria a educação. A palavra “realibitação” tem, no nosso Direito, um sentido já de longa data consagrado, que é o de “restabelecimento do condenado no seu status jurídico anterior à condenação, judicialmente outorgada”, dita reabilitação no sentido em que é usado no texto do Anteprojeto, o verbo conato desse substantivo, parece tradução literal do inglês rehabilitation, que, em traduções francesas de texto internacionais originalmente nessa língua, aparece como “amandement”; em traduções espanholas, como “emenda”; em português, a palavra é “emenda”. A emenda consiste em mudança para melhor, e, no caso de condenado, assumindo ele a responsabilidade do próprio crime, dispor-se consciente e voluntariamente e não tornar a delinquir, o que está em perfeita coerência com as preocupações quanto aos direitos do condenado, a começar pelos seus direitos humanos, entre eles a sua liberdade de consciência. “Reabilitá-lo”, além do equívoco terminológico, mantém o condenado em posição passiva. Nos termos do texto ora proposto, as condições dos regimes não constituirão intromissões na sua liberdade de consciência nem viciarão a sua vontade; serão, isso, sim, bons estímulos para que ele seja o agente da própria emenda, permanecendo no convívio social se a pena, não sendo privativa da liberdade, é cumprida na comunidade ou reintegrando-se no convívio social (se, em razão do cumprimento de pena privativa da liberdade, esteve afastado da comunidade, recolhido à prisão).<sup>538</sup>

<sup>538</sup> Visto em Anais da Assembleia Nacional Constituinte 1987-1988. BRASIL. Câmara dos Deputados. Assembléia Nacional Constituinte 1987-1988. **Anais**. Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher – Subcomissão dos Direitos Políticos e Garantias Individuais. p. 151. Disponível em: <[http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembleia-nacional-constituente](http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembleia-nacional-constituente)>. Acesso em: 22 jul. 2017. Também pode ser pesquisado em Danc (Suplemento), de 18/6/1987, 15ª reunião, p. 20-35.



Por derradeiro, a temática foi objeto de apreciação e aprovação na Comissão de Sistematização. É o que se observa até a fase “L”, em 11 de julho de 1987, no qual se apresentara o projeto de Constituição com a seguinte redação:

Art. 12. São direitos e liberdades individuais invioláveis:

[...]

XV – a segurança jurídica:

[...]

q) os presos têm direito ao respeito de sua dignidade e integridade física e mental, à assistência espiritual, educacional, jurídica, sanitária, à sociabilidade, à comunicabilidade, ao trabalho produtivo e remunerado, na forma da lei; [...].<sup>539</sup>

Vale lembrar que o Projeto de Constituição, da relatoria do Deputado Constituinte Bernardo Cabral, fora apelidado de projeto Frankstein, “[...] em razão das suas alegadas incoerências e imperfeições técnicas”<sup>540</sup>.

Sucedede que, a partir do primeiro substitutivo do relator (fase “N”), datado de 26 de agosto de 1987, não mais se fez presente no texto do projeto de Constituição a finalidade precípua da pena de prisão<sup>541</sup>.

Sem embargo, entre as emendas que destacaram a importância de pautar a funcionalidade precípua da pena no texto constitucional, cita-se duas que, inclusive, foram parcialmente aprovadas na fase que antecedeu o primeiro substitutivo do relator, qual seja, fase de emendas ao projeto de constituição (fase “M”), na comissão de sistematização, mas que, quando do indigitado primeiro substitutivo – justificado pela ideia de apresentar um texto

<sup>539</sup> Em verdade, o Relator Dep. Constituinte Berardo Cabral entregou o Anteprojeto em 26 de junho de 1987, contendo 501 artigos. Em 11 de julho de 1987, a Comissão de Sistematização aprova o projeto de Constituição, sem discussão e, em 14 de julho, o Projeto, composto de 496 artigos, é encaminhado pelo Ofício P-034/87, ao Presidente da ANC. BRASIL. Assembléia Nacional Constituinte (1987). **O processo histórico da elaboração do texto constitucional**: mapas demonstrativos. Trabalho elaborado por Dilsson Emílio Brusco e Ernani Valter Ribeiro. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 1993. 3 v. p. 23. (Série fontes de referência /Acervo Arquivístico; nº 3).

<sup>540</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed. 3. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 165.

<sup>541</sup> Bem de se ver do Art.6 § 23: “A lei assegurará a individualização da pena e não adotará outras além das seguintes: I – privação da liberdade; II – perda de bens; III – multa; IV – prestação social alternativa; e V – suspensão ou interdição de direitos.” BRASIL. Senado Federal. Base de dados histórica do Senado Federal – Apem – Anteprojeto, Projetos e Emendas. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/baseshist/asp/consultaNovo.asp>>. Acesso em: 01 jul. 2017.

sintético<sup>542</sup> – restaram de fora do texto final apresentado pelo relator, ainda que reconhecidas no relatório como aprovadas<sup>543</sup>.

A primeira Emenda, aprovada parcialmente, é de relatoria do Deputado Constituinte Vasco Alves, assim proposta:

Emenda 20651 Apresentação: 13-08-1987, parcialmente aprovada. Relator: VASCO ALVES (PMDB/ES) Texto: dê-se à alínea “s” do item XV do art. 12 do projeto de Constituição a seguinte redação: “s) a individualização da pena e de sua execução; nenhuma pena passará da pessoa do responsável; a lei regulará a individualização da pena que visará, precipuamente, à reeducação do apenado; a obrigação de reparar o dano e o perdimento de bens poderão ser decretados e executados contra os sucessores, até o limite do valor do patrimônio transferido e de seus frutos”.

Justificativa: A individualização da pena se constitui em ponto básico para que possa o apenado vir a ressocializar. Tendo a pena, fundamentalmente, a função de recuperar o preso para o convívio social, é imperativo que a meta primeira da prisão seja a educação do homem, para que possa ele integrar-se à sociedade.

Parecer: Acolhemos, em parte, os termos da emenda. Pela aprovação parcial.<sup>544</sup> [Grifo nosso].

A segunda é da lavra do Deputado Constituinte Roberto Dávila:

Base selecionada: Anteprojetos, Projetos e Emendas da Assembleia Nacional Constituinte de 1988 (APEM)

IDENTIFICAÇÃO. BANCO: EMEN. FASE: M. COM: 9 SUB: A COMISSÃO IX. COMISSÃO DE SISTEMATIZAÇÃO. EMENDA. EMENDA: 20687.

<sup>542</sup> O relator, Dep. Constituinte Bernardo Cabral, ao apresentar o primeiro substitutivo, assim se manifestou: “tem-se argumentado que a boa técnica de elaboração constitucional determina que a Constituição deva ser formalmente sintética, todavia, é preciso que observemos a tendência das constituições brasileiras no sentido de procurar regular, com bastante minúcia, aquilo que se deseja implantar como norma de conduta dos negócios públicos e privados”. Id. Câmara dos Deputados. **Projeto de Constituição**. p. 03. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-235.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2017. Sucede que, de fato, o relator apresentou o primeiro substitutivo com 305 artigos e outros 65 nas disposições transitórias, o que evidenciou um substancial enxugamento em relação ao projeto de Constituição inicial.

<sup>543</sup> Disse Bernardo Cabral na oportunidade de apresentação do primeiro substitutivo: “[...] longe de ser um trabalho personalista, este substitutivo é resultado de tudo quanto pude ouvir e de tudo quanto me convenci. Submeto-o, agora, ao melhor juízo de meus ilustres pares para que o engrandecam com sua indispensável contribuição. [...] Quanto às emendas apresentadas pelos Senhores Constituintes, abrangendo, inclusive, aquelas que na fase anterior não foram objeto de manifestação do Relator, por que de mérito ao ante-projeto então em discussão, e as que, não o sendo, foram objeto de parecer pela rejeição ou pela prejudicialidade, concluímos pelos pareceres constantes do Anexo ao presente e que são, a sugerir resumidas”: - Emendas com parecer pela aprovação: [...] **IP20651-1, emenda citada do Dep. Vasco Alves**. [...] **IP20687-1, emenda citada do Dep. Roberto D’Avila**. BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Constituição**. p. 05. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-235.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2017.

<sup>544</sup> Id. **A construção do artigo 5º da Constituição de 1998**. [Recurso eletrônico]. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2013. p. 1243. (Série obras comemorativas. Homenagem, n. 9).

Apresentação 13-08-1987. Parcialmente aprovada. Fase: M Emendas (1P). Ao Projeto de Constituição – Autor – PDT/RJ. Roberto Dávila – Referência.

Art.

A lei assegurará a individualização da pena e da sua execução, dentro de um regime definido, que compreenderá: §3º. – Será ministrada ao preso toda assistência necessária a fim de lhe proporcionar a obtenção das condições indispensáveis para voltar a viver em liberdade, atendendo-se, assim, a finalidade precípua da pena. Obtidas tais condições, cessará o cumprimento do restante da condenação, qualquer que seja o período faltante.<sup>545</sup> [Grifo nosso].

Com efeito, embora não se explique com segurança a ausência da função constitucional da pena, é importante mencionar que nas proposições das mais diversas emendas havia “[...] divergências em relação ao resultado dos pareceres, bem assim em relação aos tipos de emendas (aditiva, substitutiva, supressiva, modificativa). Constatando-se ainda que, em algumas fases, os pareceres estavam sem o respectivo voto do relator”<sup>546</sup>.

Corroborado a isso, dessume-se da ata da 33ª reunião extraordinária da Comissão de Sistematização, reunião solene de entrega do Projeto de Constituição (A)<sup>547</sup>, em 24 de novembro de 1987, presidida na oportunidade pelo Deputado Constituinte Aluizio Campos, que, segundo o mesmo, os prazos estabelecidos pela Mesa da Constituinte, por eles rigorosamente observados, somente possibilitou a votação de 2.612 dos 8.377 destaques apresentados. E, para dar celeridade à sistematização, foi preciso “[...] acolher privilegiadamente as preferências definidas através de entendimentos das lideranças partidárias, sem prejuízo da remessa ao Plenário da Assembleia das matérias destacadas e não votadas”<sup>548</sup>.

Desse conjunto indiciário de fatos, tudo leva a crer que tal opção de “deixar de fora” do texto constitucional a função da pena tenha sido um movimento de mera

<sup>545</sup> Id. Senado Federal. Base de dados histórica do Senado Federal – Apem – Anteprojeto, Projetos e Emendas. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/baseshist/asp/consultaNovo.asp>>. Acesso em: 01 jul. 2017.

<sup>546</sup> BRASIL. **A construção do artigo 5º da Constituição de 1998**. [Recurso eletrônico]. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2013. p. 13. (Série obras comemorativas. Homenagem, n. 9).

<sup>547</sup> Lembra Daniel Sarmiento que “[...] o ‘Projeto (A)’, fora entregue ao plenário da Assembleia Nacional Constituinte em 24 de novembro de 1987, tendo sido considerado, em linha geral, uma vitória dos progressistas na Assembléia Constituinte”. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. 3. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 166.

<sup>548</sup> Diário da Assembléia Nacional Constituinte, ano II – Suplemento “A” ao nº307, dia 23 de setembro de 1988, Brasília- DF. 33ª reunião extraordinária, em 24 de novembro de 1987 – ata da reunião solene de entrega do projeto de constituição (A). BRASIL. Câmara dos Deputados. Assembléia Nacional Constituinte 1987-1988. **Anais**. Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher – Subcomissão dos Direitos Políticos e Garantias Individuais. p. 2. Disponível em: <[http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembleia-nacional-constituente](http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembleia-nacional-constituente)>. Acesso em: 22 jul. 2017.

discrecionariiedade organizacional do relator, tanto na apreciação do art. 5º, inciso XLVI, quanto na do art. 5º, inciso XLIX, de maneira a dar tratamento prioritário às sanções penais entabuladas no campo da individualização da pena e mais conciso em relação à garantia da integridade física e moral dos apenados.

Não parece crível sustentar que a ausência da função da pena tenha sido premeditada: a uma porque as emendas que propuseram sua inclusão no texto constitucional não foram rejeitas no mérito, objeto de investivas para que fossem retiradas dos textos das comissões e do projeto que antecedeu o primeiro substitutivo; a duas de que, bem pelo contrário, restaram aprovadas na própria comissão de sistematização.

Também não se pode descartar que diante da gigantesca quantidade de emendas e destaques que tratavam do tema da individualização da pena, privilegiando no mais das vezes análise contemplativa das sanções penais, tenha passado despercebida a inclusão das emendas aprovadas que versavam sobre a finalidade prioritária da pena.

Independente dessas considerações, tem-se que a retirada da previsão da função constitucional prioritária da pena do projeto de elaboração do texto de 1988, sem que se tenha uma definição conclusiva sobre as suas intenções, não compromete a força normativa que se espraia sistematicamente do todo constitucional, a revelar não apenas as funções penais compatíveis com a ordem democrática, mas também expressar um fim prioritário como vetor orientativo aos aplicadores do direito.

Assim como o texto constitucional brasileiro, o texto português de 1976, que inaugurava nova ordem constitucional, diversamente do texto anterior de 1933<sup>549</sup>, dispensou a previsão expressa da funcionalidade penal. Nada obstante, não retirou tal tarefa do legislador ordinário, como explica Anabela Rodrigues:

De resto, não se pode deixar de salientar que a defesa da sociedade é algo que *per definitionem*, ainda ligada à privação de liberdade – pois é a da sua execução que estamos a tratar – abrangendo o seu conteúdo, necessariamente, medidas que a visam obter. Entretanto, a maneira de realizar a legítima (e imposta) defesa da sociedade da prática de crimes é uma decisão que cabe, antes de tudo ao legislador ordinário. Foi essa a tarefa que levou a efeito com a elaboração do diploma legislativo sobre a execução das medidas privativas de liberdade: não se furtou à afirmação que esta

---

<sup>549</sup> Lembra Anabela Rodrigues que o art.124 da Constituição Federal de 1933 prescrevia que “[...] para a prevenção e repressão dos crimes haverá penas e medidas de segurança que terão por fim a defesa da sociedade e tanto quanto possível a readaptação social do delinquente”. RODRIGUES, Anabela de Miranda. **A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade**: seu fundamento e âmbito. São Paulo: IBCCRIM, 1999. p. 67.

defesa se realizaria através de medidas que visam à reinserção social do recluso, eleita em finalidade primordial da execução.<sup>550</sup>

A autora sustenta que o caminho por ela trilhado não é resultado da discricionariedade em aderir a qualquer finalidade imposta ao campo da execução da pena, mas que se revela impensável admitir determinadas finalidades isoladamente. Por essa razão entende Anabela Rodrigues que a Constituição – através de seus princípios estruturantes, sobretudo no axioma da dignidade da pessoa humana – serve apenas como limite negativo, em cujo âmbito assim demarcado serviria de espaço para a opção do legislador no tocante à finalidade da pena<sup>551</sup>.

Sem embargo da posição da autora, entende-se que, mesmo que o texto constitucional não aponte expressamente a função da pena, dele, texto constitucional, antes de tudo, deve se extrair sua pretensão. Logo, primeiro cabe interpretar a Constituição e, somente a partir dela, e se possível for, dar-se-á margem de atuação ao legislador ordinário.

Lado outro, se for verdade — como diz Karl Larenz<sup>552</sup> — que as palavras da lei devem revelar o direito àqueles a quem se dirigem no presente, impõe-se concluir que, embora o legislador histórico as tenha usado a partir do contexto linguístico do tempo em que as editou, o seu sentido literal só poderá ser determinado segundo a compreensão linguística das pessoas a quem elas falam agora e não daquelas a quem falaram no passado.

Peter Häberle, por sua vez, ao emancipar o conceito de “sociedade aberta de intérpretes da constituição”, indica que uma interpretação histórica do texto constitucional deve ser dirigida pelo vetor democrático, vale dizer, deve descrever positivamente a interpretação constitucional realizada pelo legislador, não mais se contendo nos limites jurídico-funcionais (jurisdição constitucional, da presunção de legitimidade da atuação legislativa e da liberdade de conformação do legislador nos limites do sistema axiológico). Para tanto, encarrega-se de desenvolver “[...] uma compreensão positiva para o legislador, enquanto intérprete da Constituição seja enquanto ele, o legislador, pré-formula, no processo político, seja enquanto participa formalmente do processo constitucional”<sup>553</sup>.

---

<sup>550</sup> Ibid., p. 77.

<sup>551</sup> RODRIGUES, Anabela de Miranda. **A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade**: seu fundamento e âmbito. São Paulo: IBCCRIM, 1999. p. 77.

<sup>552</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 4. ed. Lisboa: Gulbenkian, 2005. p. 389.

<sup>553</sup> HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – a contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997. p. 54-55.

### 3.3.3 A hermenêutica (penal) constitucional: análise sistemática do texto constitucional

Desde uma abordagem sociológica de Niklas Luhmann e sua teoria dos sistemas, observa-se a significativa tarefa da Constituição, no campo da dogmática jurídica, como fator de estruturação entre os sistemas jurídicos e políticos.

Daí dizer, em Niklas Luhmann, que uma dogmática jurídica resulta em importante função de manter a diferenciação do sistema jurídico. Isso se dá desde o predomínio da ideia de que o direito há de ser tratado segundo critérios propriamente jurídicos, intenção absolutamente óbvia, mas socialmente muito pouco provável. Com efeito, a dogmática jurídica percebida com essa função obtém seu suporte justo no conjunto dessas relações alternativas e em suas complementariedades, revelando sua tendência à sistematização<sup>554</sup>.

A despeito de não haver comunicação entre sistema e seu ambiente (*autopoieses*), todas as ações externas são codificadas e traduzidas pelo sistema pelo uso de sua própria linguagem. Bem por isso lembra Bernardo Gonçalves Fernandes que “[...] é esse código que permitirá a organização do sistema, dotando-o de identidade e diferenciando-o dos demais sistemas sociais”<sup>555</sup>.

Sucedo que, para que isso se dê de forma escoreita, em nível de sociedade – cuja fricção de seus próprios sistemas, codificados que são à luz de suas diferenciações, provoca uma inegável irritação – é preciso que uma engrenagem maior realize este *acoplamento estrutural*, conforme denomina Niklas Luhmann<sup>556</sup>.

É precisamente aí que a Constituição entra e deve ser compreendida. Vale dizer, “[...] funcionalmente, então, a Constituição é o produto de um acoplamento estrutural entre os sistemas do Direito e da Política”<sup>557</sup>.

Como visto, a ordem jurídica é um sistema, de tal forma que, para seu regular funcionamento, deve ser dotada de unidade e harmonia. A Constituição responsabiliza-se pela unidade desse sistema, ao passo que a harmonia é proporcionada pela prevenção ou pela solução de conflitos normativos. Os diversos ramos do direito erigem-se em subsistemas fundados em uma lógica interna e na adequação externa com os demais subsistemas. “A

<sup>554</sup> LUHMANN, Niklas. **Sistema jurídico y dogmática jurídica**. Traducción de Ignacio de Otto Pardo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. p. 41.

<sup>555</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 81.

<sup>556</sup> *Ibid.*, p. 81.

<sup>557</sup> *Ibid.*, p. 81.

Constituição, além de ser um subsistema normativo em si, é, ainda, instrumento de unidade do sistema como um todo, determinando os valores e fins que devem ser observados e promovidos pelo conjunto do ordenamento”.<sup>558</sup>

Anota Dirley da Cunha Júnior a esse respeito:

Considerando o Direito como uma pluralidade de normas jurídicas, podemos dizer que tais normas formam um sistema, na medida em que se relacionam reciprocamente, segundo um princípio unificador. Todas as normas jurídicas do sistema convergem para um ponto – a Constituição – que imprime unicidade e validade a todo o sistema.<sup>559</sup>

Posto que a norma suprema dita os valores e persegue finalidades, importa para o presente campo investigativo interpretar em conjunto seus subsistemas, nos quais, em boa parte, trazem seus fundamentos de validade e seus vetores principiológicos como guia incontornável aos operadores do direito.

Esse efeito integrador, revelado hodiernamente como princípio constitucional interpretativo, nada mais faz do que realçar a unidade da Constituição e, por consectário, prestar homenagem ao clássico método sistemático de glosar o texto constitucional<sup>560</sup>.

Nesse sentido, a Constituição é dividida em títulos, capítulos e seções, de modo que seu conteúdo material se organiza em sistemas, tais como a constituição econômica<sup>561</sup>, o sistema constitucional das crises<sup>562</sup>, a ordem social<sup>563</sup>, o sistema tributário nacional<sup>564</sup>, o estatuto dos congressistas<sup>565</sup> etc.

<sup>558</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. Os conceitos constitucionais e os caminhos do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 299.

<sup>559</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 1162.

<sup>560</sup> Em posição semelhante é a crítica de Virgílio Afonso da Silva. SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: \_\_\_\_\_ (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 115-144. p. 130.

<sup>561</sup> Esclarece Dirley da Cunha Júnior que “[...] face à atuação estatal no campo econômico, a doutrina passou a cogitar de uma Constituição econômica e de um direito público econômico. Os textos constitucionais passaram, então, a sistematizar uma ordem pública econômica, dando-lhe um fundamento solene e estável. A Constituição econômica, portanto, é um conjunto de normas constitucionais que tem por objeto a disciplina jurídica do fato econômico e das relações principais dele decorrentes”. CUNHA JÚNIOR, op. cit., p. 1217.

<sup>562</sup> Bernardo Gonçalves Fernandes lembra que “[...] a Constituição de 1988, trouxe, sob esse título, dois grupos: um voltado para fornecer instrumentos (medidas excepcionais) para a manutenção ou restabelecimento da ordem em momentos de anormalidade e, com isso, configurou o chamado sistema constitucional das crises, composto tanto pelo estado de defesa quanto pelo estado de sítio; assim como se preocupou de institucionalizar a defesa do país ór meio das forças armadas e da segurança pública. Esse sistema de crise é mecanismo presente nas democracias modernas, como esforço para a manutenção de regimes democráticos, com a mínima onerosidade para os direitos e garantias fundamentais”. FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 1395.

<sup>563</sup> Diz Dirley da Cunha Júnior que “[...] a Constituição de 1988 reservou integralmente um título (TÍTULO VIII) à disciplina da ordem social, que compreende um conjunto de normas sobre a seguridade social (saúde, previdência social e assistência social); a educação, cultura e desporto; a ciência e tecnologia; a comunicação

Dessa coordenada harmonia entre os diversos sistemas constitucionais que formam o todo são expostos e organizados com fulcro em princípios constitucionais próprios da natureza de que se lhe revestem seu conteúdo, expondo com primazia os núcleos intangíveis que devem pautar as legislações infraconstitucionais.

Dadas essas coordenadas sistêmicas, observa-se que tais pautas constitucionais não se furtam, tal qual a constituição econômica (art. 170, CF) e a seguridade social (art. 195, CF), de estabelecerem nítidas prioridades – em ordem a compelir o poder público, sob pena de reconhecer as inconstitucionalidades advindas de seu negligenciamento ou desrespeito – a legislar, julgar e gerir conforme o sentido expresso na Carta Suprema<sup>566</sup>.

Para além disso, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais mostra-se componente indispensável para a interpretação sistemática do texto constitucional, do qual o intérprete não deve se afastar. Bem por isso Paulo Gonet Branco adverte:

A dimensão objetiva resulta do significado dos direitos fundamentais como princípios básicos da ordem constitucional. Os direitos fundamentais participam da essência do Estado de Direito democrático, operando como limite do poder e como diretriz para a sua ação. As constituições democráticas assumem um sistema de valores que os direitos fundamentais revelam e positivam. Esse fenômeno faz com que os direitos fundamentais influam sobre todo o ordenamento jurídico, servindo de norte para a ação de todos os poderes constituídos. Os direitos fundamentais, assim, transcendem a perspectiva da garantia de posições individuais, para alcançar a estatura de normas que filtram os valores básicos da sociedade política, expandindo-os para todo o direito positivo. Formam, pois, a base do ordenamento jurídico de um Estado democrático.<sup>567</sup>

Por isso mesmo, uma vez mais em Niklas Luhmann colhe-se o entendimento de que, a partir da teoria funcional dos sistemas, os direitos fundamentais não são simplesmente normas

---

social, ao meio ambiente, a família, criança, adolescente; jovem e idoso, e ao índio”. CUNHA JÚNIOR, op. cit., p. 1241.

<sup>564</sup> “O Sistema Constitucional Tributário consiste exatamente na reunião ou composição, numa perspectiva unitária, ordenada e organizada, coerente e harmônica, das diversas unidades normativas que têm por referência o tributo.” Ibid., p. 1168.

<sup>565</sup> “É o conjunto e normas jurídicas que estatui o regime jurídico de deputados e senadores e, que diz respeito, sobretudo, aos direitos e imunidades ou aos deveres e impedimentos dos membros do poder Legislativo”. FERNANDES, op. cit., p. 1395.

<sup>566</sup> “Art. 170. A ordem econômica, **fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim** assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]” “Art. 193. A ordem social **tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.**” [grifo nosso]. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 15 mar. 2017.

<sup>567</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Teoria geral dos direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 265-327. p. 300.



supra positivas de proveniência misteriosa que a natureza impõe ao Estado como direito, senão que cumprem um papel essencial para o Estado: servem também de aporte ao entendimento global do sistema político de nossa ordem social e da constituição jurídica, aporte esse que se coloca em ordem para fertilizar a dogmática interpretativa<sup>568</sup>.

No campo da individualização da pena, o constituinte originário, conforme análise de seu processo histórico, absteve-se de expressar um valor fundante ou primado ao cumprimento da pena de prisão, cujo propósito seria de permitir, mais do que uma direção, um estado de constitucionalização dos fins prioritários à pena de prisão em ordem a compelir, repita-se, o poder público - sob pena de reconhecer as inconstitucionalidades advindas de seu negligenciamento ou desrespeito - a legislar, julgar e gerir conforme o sentido expresso pela Constituição Federal.

Sem embargo dessa constatação, certo é que a ausência de uma função expressa no texto constitucional não corresponde a um cheque em branco dado aos operadores do direito – em todos os âmbitos dos poderes – para elegerem discricionariamente a função que a pena deve expressar.

Nesse sentido, para além de uma glosa integrativa das leis e dos tratados internacionais para fins de averiguar a função da pena de prisão, entende-se que da análise sistemática do texto constitucional, extraída marcadamente dos princípios penais constitucionais a que fizemos alusão, chega-se a caminhos conclusivos sobre a finalidade constitucional da pena<sup>569</sup>.

De fato, a abordagem dos princípios penais de ordem negativa – limitadores do poder punitivo estatal e vetor de orientação do legislador ordinário – completa-se num sentido positivo – no que legitima a finalidade voltada a um programa mínimo de condições propiciadoras à reintegração do condenado na sociedade livre.

Em sentido muito semelhante, Anabela Rodrigues identifica na finalidade de reinserção social o sentido positivo a ser conjugado aos princípios penais de índole negativa, cuja legitimação se dá no princípio do Estado social. Diz a autora que o Estado Social “[...]”

---

<sup>568</sup> LUHMANN, Niklas. **Los derechos fundamentales como institución** (aportación a la sociología política). México: Universidad Iberoamericana, 2010. p. 85.

<sup>569</sup> Para Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto, “[...] o ‘sistema’ é uma construção hermenêutica, apoiada, sobretudo, nos princípios constitucionais fundamentais, que lhe proveem bases moralmente sustentáveis. No campo particular da interpretação constitucional, o elemento sistemático assume especificidades tão relevantes que, a partir dele, formulam-se postulados específicos: *a unidade da Constituição e a concordância prática*”. [grifo no original]. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed. 3. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 420.

obriga e legitima uma certa intervenção do Estado no campo da administração penitenciária que acarreta inevitavelmente uma determinada função para a (execução da) pena”<sup>570</sup>.

Dessa análise sistemática em que se conjugam os princípios penais limitadores do poder punitivo, com os valores encampados pelo Estado Social de Direito, extrai-se a fundamentação jurídico-constitucional para a incidência da função penal<sup>571</sup>.

Em tom de conclusão, temos que a Constituição, ao erigir ao Estado de Direito o relevante papel social, consagra esse conteúdo e, em nível de direitos e garantias penais, por consequência, “[...] determina a possibilidade de conceber a função da pena”. Confirma-se, assim, a ideia de que a função da pena “[...] anda intimamente ligada à função que seja cometida ao Estado”<sup>572</sup>.

Em percuciente análise sistemática do texto constitucional, o Ministro Ayres Brito, porventura da apreciação do Habeas Corpus 82959-7, que julgara a inconstitucionalidade da vedação de progressão de regime prisional aos crimes hediondos, assim expressou sua posição:

Certamente para homenagear o princípio da dignidade da pessoa humana a nossa Constituição vedou duas penas: a de morte – com a ressalva que conhecemos “em guerra declarada” – e a de prisão perpétua. Ao fazer essa dupla vedação, a Constituição terminou por revelar algo que me parece óbvio: sua crença na regenerabilidade de todo e qualquer condenado, independentemente da natureza ou da gravidade do crime por ele praticado. Se não fosse para acreditar nessa regeneração, a Constituição certamente impor a pena capital e a de confinamento perpétuo.<sup>573</sup>

<sup>570</sup> RODRIGUES, Anabela de Miranda. **A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade**: seu fundamento e âmbito. São Paulo: IBCCRIM, 1999. p. 68.

<sup>571</sup> Ibid., p. 69.

<sup>572</sup> Ibid., p. 69.

<sup>573</sup> Voto Min. Ayres Brito no Habeas Corpus 82.959-7 São Paulo, em 23/02/2006, Tribunal Pleno. Cabe, entretanto, uma ressalva quanto à posição do Ministro: ainda que balize estruturalmente seu voto na dignidade da pessoa humana, o Min. Ayres Brito compartilha do entendimento de que a pena de prisão mostra-se habilitada a exercer função mista, projetada na ideia de retribuição e prevenção especial positiva. Vale destacar, neste sentido a parte sequencial de seu voto: “Externando por outra forma a ideia, penso que foi em direta homenagem ao princípio da dignidade da pessoa humana (inciso III do art. 1º) que a nossa Constituição Federal interditou a de morte e a prisão perpétua. Ao assim dispor, teria mesmo que se comprometer com a proclamação da garantia da individualização da pena, como efetivamente ocorreu (inciso XLVI do mesmo art. 5º). E tal proclamação já significa afirmar que o cumprimento da pena privativa de liberdade de locomoção há de ostentar uma dimensão ensejadora da regeneração do encarcerado. **Estou a dizer, por conseguinte, que a vedação constitucional da pena capital e da prisão perpétua já significa imprimir à efetiva execução das penas privativa ou restritiva da liberdade de locomoção um papel ressocializador (outros preferem dizer ‘socializador’); de parelha, naturalmente, com a clássica função de castigo ou sofrimento que é indissociável da ideia mesma de pena. Com o que o poder estatal de punir passa a ter naquele primeiro mister socialmente profilático do cumprimento das penas em causa um dos seus fundamentos. Uma das suas justificativas lógicas.**” [grifo nosso]. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HABEAS CORPUS 82.959-7**, São Paulo. Relator para o Acórdão, Ministro Marco Aurélio de

Nesse propósito, pode-se asseverar que as funções absolutas da pena, marcadas pela retribuição e tónus de castigo ao indivíduo, não se harmonizam com o texto constitucional.

Atente-se que a Constituição, conforme leciona Rodrigo Duque Estrada Roig<sup>574</sup>, ao expressar os princípios da tutela da lesividade, secularização, dignidade da pessoa humana e autonomia da vontade, coloca-os em ordem a garantir que a política-criminal da execução da pena privativa de liberdade não seja meio de retribuição moral.

Com essa aptidão sistemático-constitucional que Anabela Rodrigues sintetiza a questão:

Do ponto de vista jurídico-constitucional, nem uma prognose negativa quanto aos resultados consegue justificar que se deixe de dar uma oportunidade ao recluso para se preparar para viver em sociedade, facultando-lhe, neste sentido, uma possibilidade real de desenvolver suas capacidades.<sup>575</sup>

Por outro lado, para além de concluir pela prevenção especial positiva, entendida como um programa mínimo de condições propiciadoras para a reintegração do condenado na sociedade livre como função prioritária da pena de prisão, parece que objetivar tal premissa como valor fundante da individualização da pena se apresenta como algo altamente recomendável.

### **3.3.4 A hermenêutica (penal) constitucional: análise integrativa das leis e dos tratados internacionais, receptividade constitucional e direito comparado**

Apresentados os princípios constitucionais que delimitam o sistema penal, importa analisar se as normas internas e externas que compõem o ordenamento jurídico se encontram em sintonia com o texto constitucional.

É preciso, antes, porém, adiantar-se para dizer que os paradoxos operados pelos distintos níveis de normatização constitucional evidenciam a escalada da efetivação do Estado Penal, conforme observa Salo de Carvalho:

---

Mello. 23.02.2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/noticias/imprensa/VotoGilmarHC82959.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

<sup>574</sup> ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal: teoria crítica**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 73.

<sup>575</sup> RODRIGUES, Anabela de Miranda. **A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade: seu fundamento e âmbito**. São Paulo: IBCCRIM, 1999. p. 71.

Em matéria repressiva, a efetividade das normas constitucionais não apenas foi plena, como o legislador, aproveitando os quadros de generalização dos medos decorrentes da crise do sistema de segurança pública, excedeu os parâmetros estabelecidos pelo constituinte originário. Assim, com a proliferação do discurso punitivista nas esferas do jurídico e da política, tem-se, de forma trágica, a ineficácia da Constituição Penal de garantias em detrimento da plena efetividade da Constituição Penal criminalizadora e punitiva.<sup>576</sup>

Considerando que a hermenêutica penal constitucional eleva os princípios de índole humanitária à condição de garantias fundamentais, tal qual a proibição de penas cruéis e o respeito à integridade física e moral dos apenados – em ordem a harmonizarem-se com o fundamento maior da República, a dignidade da pessoa humana – importa dizer que defender discursos punitivistas (efetivamente praticados na seara penitenciária brasileira), na brecha gerada pela ausência declarada do fim prioritário da sanção penal, nada mais é do que a fiel expressão da chancela da pena retributiva, com conotação de castigo, em manifesta afronta à Constituição Federal.

Mas esse entendimento não caminha com exclusividade.

Em verdade, o legislador ordinário, mesmo antes de 1988, mostrava-se aberto aos valores traspostos do *Welfare State*, privilegiando políticas penais preventivas, com especial ênfase nas positivas.

Na jurisprudência da Suprema Corte brasileira há, outrossim, referência aos compromissos do País com a efetivação de medidas preventivas de cunho humanitário:

Enfatizou-se que a Constituição teria o princípio da humanidade como norte e asseguraria aos presidiários o respeito à integridade física e moral (CF, art. 5º: “XLIX – é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral” e Pacto de São José da Costa Rica: “Art. 5º Direito à Integridade Social 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral. 2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com respeito devido à dignidade inerente ao ser humano”). Preconizou-se, por conseguinte, que não se poderia tratar a pena com objetivo de retaliação, mas de ressocialização.<sup>577</sup>

---

<sup>576</sup> CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 188.

<sup>577</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 107701/RS**, rel. Min. Gilmar Mendes, 13.9.2011, 2ªT. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21587058/habeas-corporus-hc-107701-rs-stf>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

Com efeito, a legislação ordinária brasileira, recepcionada pela CF/88, foi explícita em optar pelas penas com cunho preventivos, mas, por outro lado, mostrou-se claudicante quanto à manutenção de premissas retributivas.

Para além disso, da mesma forma, há diplomas internacionais que suscitam dúvidas quanto às funções penais que desejam expressar, no que cabe interpretá-los em conformação com a Carta Constitucional de 1988.

#### 3.3.4.1 Integração e receptividade das leis

No plano interno, a resolução de eventual conflito aparente de normas tem seus critérios estabelecidos pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, com redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010, que altera o Decreto-Lei nº 4.657/42, antiga Lei de Introdução ao Código Civil (LICC).

Nesse particular, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald ensinam:

No que concerne à revogação das normas jurídicas, sobreleva fazer referência a princípios gerais, esclarecendo regras fundamentais aplicáveis à matéria. Assim, é possível, formular as seguintes orientações: a) *lex posteriore derogat lex anteriore* (a lei nova revoga a lei antiga que trate da mesma matéria); b) *lex specialis derogat lex generale* (a lei que trate especificamente sobre uma matéria revoga a lei que cuide genericamente do assunto). Não é demais lembrar que a lei superior prevalece sobre a lei inferior. Neste particular, observe-se que a norma constitucional deve prevalecer sempre sobre os demais diplomas legais. Aliás, advirta-se, inclusive, não haver hierarquia entre leis complementares e leis ordinárias, distinguindo-se, meramente em razão da matéria versada e do quórum de aprovação.<sup>578</sup>

Posto isso, parte-se para a análise dos diplomas legais em vigência, de modo a aferir sua compatibilidade com o texto constitucional no trato funcional da pena.

Valendo-se da exposição de motivos da Lei nº 7.209/84, que promoveu reforma integral na parte geral do Código Penal de 1940, depreende-se que a pena de prisão já causava espécie pelo seu uso indiscriminado e por seu constrangedor fator de fomento criminológico:

---

<sup>578</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos reais**. Direito civil: teoria geral. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 61.

## DAS PENAS

Uma política criminal orientada no sentido de proteger a sociedade terá de restringir a pena privativa da liberdade aos casos de reconhecida necessidade, como meio eficaz de impedir a ação criminógena cada vez maior do cárcere. Esta filosofia importa obviamente na busca de sanções outras para delinquentes sem periculosidade ou crimes menos graves. Não se trata de combater ou condenar a pena privativa da liberdade como resposta penal básica ao delito. Tal como no Brasil, a pena de prisão se encontra no âmago dos sistemas penais de todo o mundo. O que por ora se discute é a sua limitação aos casos de reconhecida necessidade.<sup>579</sup> [Grifo nosso].

Ao tempo em que a Reforma Penal de 1984 se mostrava atenta ao uso indiscriminado à pena prisão, mantinha presente sua figura como instrumento central do sistema punitivo. Ademais, num primeiro olhar, teria introduzido, no campo da individualização da pena (fase secundária), um viés eclético ou misto à função da pena, porquanto estabelece critérios ao julgador que tenham por fim a reprovação e prevenção do crime.

Segue o art. 59 do CP, com redação dada pela Lei nº 7.209/84:

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**.<sup>580</sup> [Grifo nosso].

Conforme explica Nilo Batista<sup>581</sup>, a inserção da palavra “reprovação”, interpretada pela doutrina majoritária “como profissão de fé retributiva da lei”, ladeada pela “prevenção do crime”, acarretou no entendimento de que teríamos adotado um modelo combinatório (misto, unitário ou dialético) das funções penais.

Reportando-se novamente à exposição de motivos da Lei nº 7.209/84, vê-se que há distinção entre a função preventiva e repressiva a ser exercida pela pena:

A finalidade da individualização está esclarecida na parte final do preceito: importa em optar, dentre as penas cominadas, pela que for aplicável, com a respectiva quantidade, à vista de sua necessidade e eficácia para “**reprovação e prevenção do**

<sup>579</sup> BRASIL. **Lei nº 7.209**, de 11 de julho de 1984. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1980-1988/L7209.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7209.htm)>. Acesso em: 19 ago. 2017.

<sup>580</sup> Ibid.

<sup>581</sup> BATISTA, Nilo. Cem anos de reprovação. In: BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André (Org.). **Cem anos de reprovação**: uma contribuição interdisciplinar para a crise da culpabilidade. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 161-180. p. 174.

**crime**”. Nesse conceito se define a Política Criminal preconizada no Projeto, da qual se deverão extrair todas as suas lógicas consequências.<sup>582</sup> [Grifo nosso].

É possível depreender que não por acaso o conceito de reprovabilidade se manteve presente como fundamento de justificação da pena na exposição de motivos da Reforma Penal, bem como restou inserto no art. 59 do CP, notadamente quando da análise das circunstâncias judiciais, primeira etapa da dosimetria da pena (2º etapa da individualização da pena), justo porque a Reforma de 1984 fora posta em curso, embora não completamente, nas bases ideológicas da teoria finalista<sup>583</sup>.

Para Andrei Zenkner Schmidt<sup>584</sup>, essa ambiguidade do legislador reformista quanto às finalidades da pena não aparentou ser despropositada, tendo em vista a nada esclarecedora contribuição da exposição de motivos, de sorte que restou à comunidade jurídica o encargo de elucidar as finalidades da pena.

Na prática, anota Nilo Batista<sup>585</sup>, essa combinação de teorias permitiu ao magistrado *um olhar para o réu mais ou menos como o lobo olhava para o cordeiro*: há um primeiro

<sup>582</sup> BRASIL. **Lei nº 7.209**, de 11 de julho de 1984. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1980-1988/L7209.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7209.htm)>. Acesso em: 19 ago. 2017.

<sup>583</sup> Juarez Tavares enaltece que “[...] um dos principais méritos da teoria dialética de Roxin está em retirar da culpabilidade a base valorativa preconizada pelo finalismo, que, partindo de ideologias político-criminais autoritárias, justificaria o juízo de reprovabilidade como valorização da conduta de vida do agente infrator”. TAVARES, Juarez. Culpabilidade e individualização da pena. In: BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André (Org.). **Cem anos de reprovação**: uma contribuição interdisciplinar para a crise da culpabilidade. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 121-152. P.127.

<sup>584</sup> SCHMIDT, Andrei Zenkner. Direitos, deveres e disciplina na execução penal. In: CARVALHO, Salo de (Org.). **Crítica à execução penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 249-316. p. 249. Segue o autor esclarecendo o imbróglio: “[...] a partir da análise destas ramificações, que a menção, no art. 59, de que a pena deve ser fixada o necessário e suficiente para ‘prevenir’ o delito é uma solução legislativa que pouco contribui para uma resposta concludente para o ‘por que punir?’. Da mesma forma, atribuir-se à sanção penal o pretexto de reprovar o delito é uma opção que, em termos gerais, pode comportar uma variação linguística que vai desde o caráter *retributivo* da pena até o seu aspecto intimidatório (prevenção geral negativa). Esta posição tímida do nosso legislador originou a ausência de uniformidade dogmática da doutrina nacional quanto à determinação das razões da pena segundo o nosso legislador, apesar de todos, pelo menos, serem unânimes quanto ao seu caráter utilitário. De concreto, portanto, tem-se a conclusão de que a pretensão punitiva não se encontra em nosso Código Penal, bem delimitada no que tange aos parâmetros políticos a serem seguidos pelo juiz ao fixar a pena-base na sentença condenatória”. Id. Direitos, deveres e disciplina na execução penal. In: CARVALHO, Salo de (Org.). **Crítica à execução penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 249-316. p. 250.

<sup>585</sup> BATISTA, Nilo. Cem anos de reprovação. In: BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André (Org.). **Cem anos de reprovação**: uma contribuição interdisciplinar para a crise da culpabilidade. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 161-180. p. 175. Interessante é a conclusão de Nilo Batista a este respeito: “O fato é que os juizes brasileiros com muitas e honrosas exceções – são até capazes de imputar objetivamente, valendo-se do critério da realização do risco proibido no resultado, reconhecendo embora a culpabilidade, não responsabilizar o réu à míngua de necessidade preventiva. O ROXIN, da teoria da pena – base e inspiração da teoria do delito – tem de ficar do lado de fora, por causa da palavra ‘reprovação’ no artigo 59, CP”. E, por fim, destaca: “A pior consequência da chegada triunfal da reprovação a nossa legislação penal, no entanto, não foi a interpretação predominante de que adotamos uma teoria combinatória da pena, e, sim, o despertar de um olhar reprovador

sinal de fraqueza no ideal retributivista, supre-se pelas exigências preventivas, com prevalência das necessidades gerais sobre as especiais. Por outro lado, a falta de necessidade de prevenção especial não permite pensar na dispensa da pena, precisamente para que *o crime não recaia sobre o povo*, conforme a lembrança kantiana da pena-retribuição.

Sucedo que, na linha do que aqui defendido, a autonomia científica do estudo (teorias) da pena não deve ser restringida ao vetusto conceito de Reinhard Frank<sup>586</sup> de culpabilidade proveniente da teoria do delito. Melhor esclarecendo: a alteração legislativa, para ser salva e posta em conformidade com o texto constitucional, deve interpretar “reprovação” como critério proporcional (suficiente e necessário) para cominação da pena em concreto do crime (proteção do bem jurídico) e não do agente, como aparenta ser<sup>587</sup>.

Francisco de Assis Toledo, tratando da Reforma de 1984, já lembrava:

Se essa consideração estiver correta, a pena justa será somente a pena necessária (von Liszt) e, não mais, dentro de um retributivismo kantiano superado, a pena-compensação do mal pelo mal, segundo o velho princípio do talião. Ora, o conceito de pena necessária envolve não só a questão do tipo de pena como o modo de sua execução. Assim dentro de um rol de penas previstas, se uma certa pena apresentar-se como apta aos fins da prevenção e da preparação do infrator para o retorno ao convívio pacífico na comunidade de homens livres, não estará justificada a aplicação de outra pena mais grave, que resulte em maiores ônus para o condenado. O mesmo se diga em relação à execução da pena. Se o cumprimento da pena em regime de semiliberdade for suficiente para aqueles fins de prevenção e de reintegração social, o regime fechado será um exagero e um ônus injustificado. E assim por diante.<sup>588</sup>

---

sobre os acusados, muito estipulado – por razões sobre as quais nos detivemos em outra ocasião – pelos meios de comunicação social, e muito praticado por juízes e mesmo por tribunais”. Ibid., p. 175.

<sup>586</sup> Trata-se da obra de Reinhard Frank. FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. Montevideu/Buenos Aires: B.de F., 2000. Para o tema na doutrina brasileira revela-se indispensável a leitura de Nilo Batista em “Cem anos de Reprovação”. BATISTA, Nilo. Cem anos de reprovação. In: BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André (Org.). **Cem anos de reprovação: uma contribuição interdisciplinar para a crise da culpabilidade**. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 161-180.

<sup>587</sup> “Hungria buscou neutralizar os efeitos da novidade vinculando a reprovação ao injusto e à violação jurídica que ele exprime, como conteúdo da consciência culpável. Assim, seu conceito de culpabilidade incluiria [...] a consciência ou possibilidade de consciência da reprovação ético-jurídica do fato que se comete correspondente a um tipo de crime, e jamais [...] um juízo de reprovação da personalidade do agente”. BATISTA, op. cit., p. 168.

<sup>588</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**: de acordo com a Lei n.7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 70. A seu tempo, já lembrava Von Liszt que “[...] culpa é a responsabilidade pelo resultado produzido. No direito penal trata-se teoricamente do fato de incorrer o agente em responsabilidade criminal; a desaprovação da ação ao mesmo tempo pronunciada, o juízo sobre o seu valor jurídico ou moral (acentuado por Merkel) – em relação àquele fato e portanto à ideia da culpa – circunstância completamente acessória”. LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C., 1899. p. 249.



Nesse sentido, a teoria penal contemporânea encarrega-se de vincular a individualização da pena à gravidade objetiva do fato, inversamente da ideia de relacioná-la a juízos subjetivos de conveniência, de clamor popular ou cunho moralista<sup>589</sup>.

A noção central desse entendimento, conforme ensina Juarez Tavares<sup>590</sup>, é de que a culpabilidade deve ser fundada exclusivamente sobre fatores que digam respeito ao desvalor do fato e ao desvalor do resultado, o que corresponde a dizer que deve obedecer fielmente ao princípio da proporcionalidade entre fato e pena. Com efeito, a culpabilidade, ao invés de constituir um elemento diverso na aplicação da pena, teria o tratamento de um injusto culpável individualizador. É dizer, a culpabilidade não seria sopesada como um juízo autônomo de reprovação sobre o agente, mas sim em face dos elementos do próprio injusto em função do agente.

Não por outra razão Juarez Tavares, dando interpretação conforme a CF/88 ao art. 59 do CP, estabelece a relação entre culpabilidade, reprovação e prevenção, e o grau da culpabilidade como limite máximo da sanção, no que esclarece:

Desde que se construa a culpabilidade na capacidade de motivação do agente de se conduzir conforme os apelos da norma, aos quais tive acesso, parece não haver mais lugar, na atual conjuntura da teoria do delito, para a culpabilidade retributiva. Uma culpabilidade retributiva deveria pressupor, tão só, o conhecimento do agente quanto ao dever que lhe seria imposto de não realizar o fato injusto; sua motivação para o fato seria irrelevante, como na fórmula kantiana, pois a retribuição não se funda nas finalidades perseguidas pelo autor, nem no que lhe seria útil ou agradável, nem nas influências que poderiam ser exercidas sobre sua decisão de atuar. Se o artigo 59 se refere, como fundamento de fixação da pena, ao lado da necessidade, a um juízo de suficiência, está claro que descarta uma pura violação de um dever como base de culpabilidade e, conseqüentemente, como limite da sanção.<sup>591</sup>

Arremata o autor, na linha de compatibilidade com a função constitucional da pena, pontuando que aferição de suficiência, bem como de necessidade, levam a um método de ponderação que gira em torno daquilo que o legislador entendeu como fundamental na individualização: “[...] a satisfação da reprovação e da prevenção do delito; dito de outra forma: a proteção programática do bem jurídico e a reinserção social do autor”<sup>592</sup>.

---

<sup>589</sup> TAVARES, Juarez. Culpabilidade e individualização da pena. In: BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André (Org.). **Cem anos de reprovação: uma contribuição interdisciplinar para a crise da culpabilidade**. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 121-152. p. 131.

<sup>590</sup> *Ibid.*, p. 131.

<sup>591</sup> *Ibid.*, p. 130-131.

<sup>592</sup> *Ibid.*, p. 131.

Em percuciente análise acerca do enunciado linguístico, Juarez Tavares, uma vez mais constrói interpretação compatível com a CF/88 no tocante ao art. 59 do CP, notadamente para, na palavra “reprovação”, delimitá-la à proporcionalidade do dano ou ao perigo incidente sobre o bem jurídico:

Diferindo na redação do Projeto Alternativo, mas seguindo sua linha programática, define o artigo 59 que a pena deve visar, conforme seja necessária e suficiente, à reprovação e à prevenção do crime. À primeira vista, em face da referência à “reprovação”, poder-se-ia pensar que o CP se filiaría a uma teoria mista da pena, com base na retribuição e na prevenção. No entanto, isso poderia também suscitar, especificamente quanto à retribuição, um juízo de incompatibilidade constitucional, porque seria inadmissível que, em um Estado de direito democraticamente, se pudesse associar à pena uma natureza puramente repressiva sem qualquer utilidade. Promovendo-se, porém, uma análise mais acurada dos termos referidos no artigo 59, pode-se concluir, segundo uma interpretação que leve em conta uma limitação do processo criminalizador, que a lei brasileira objetiva, de qualquer modo, vincular a imposição da pena, e todo o seu processo de individualização, a um prévio juízo de culpabilidade como delimitador de sua medida. Isso pode seu inferido, inclusive, do próprio sentido imposto no artigo 59, ao admitir somente uma finalidade segregadora e preventiva quando tal seja necessária e, proporcionalmente, suficiente. Portanto, quando o artigo 59 se refere à reprovação, fá-lo no sentido de exigir que a pena aplicada deva ser proporcional ao dano ou ao perigo ao bem jurídico.<sup>593</sup>

De todo o exposto, ainda que se possa concluir pela carga retributiva da pena inserta no texto normativo, na figura do verbo “reprimir” – arrostando-se uma interpretação conforme a constituição<sup>594</sup> – entende-se que, nesse particular, num juízo de inconstitucionalidade superveniente<sup>595</sup>, a terminologia “reprovar” não fora recepcionada pela nova ordem constitucional vigente, posto que incompatível com os valores nela consagrados<sup>596</sup>.

<sup>593</sup> TAVARES, Juarez. Culpabilidade e individualização da pena. In: BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André (Org.). **Cem anos de reprovação: uma contribuição interdisciplinar para a crise da culpabilidade**. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 121-152. p. 123-124.

<sup>594</sup> Bernardo Gonçalves Fernandes conceitua a técnica hermenêutica como “[...] a possibilidade do STF declarar a constitucionalidade de uma interpretação de norma jurídica, em virtude da mesma estar em consonância ou estar compatível (adequada) com a Constituição. Nestes termos, o STF afasta as demais interpretações, mas mantém (garante) a norma no ordenamento. É mister salientar que esse instituto pode ser utilizado com o sem redução de texto de uma norma. Portanto, o STF pode declara a constitucionalidade de uma norma, de desde que tenha determinada interpretação compatível com a Constituição ou mesmo pode declarar a constitucionalidade de uma norma, desde que tenha determinada interpretação e parte de seu texto seja suprimido. Assim, ela reduz o texto e também determina que o texto restante só será constitucional (e com isso poderá permanecer no ordenamento) se tiver a interpretação determinada por ele, STF”. FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. Cabe esclarecer que uma interpretação conforme a constituição para declarar a inconstitucionalidade parcial da norma sem redução de texto (Art. 28, § único da lei 9868/99) é técnica hermenêutica que se mostraria adequada para o controle de constitucionalidade de ato infirmado inconstitucional para a hipótese de extirpar qualquer sentido retributivo ao verbo “reprimir”, de sorte que o texto permaneceria o mesmo gramaticalmente, mas retirada esta variante interpretativa.

<sup>595</sup> Sem prejuízo de reconhecer o posicionamento majoritário do STF – diga-se, de longa data (ADI nº2, Rel.Min.Paulo Brossard. Julg.06.02.1992.DJ, 21 nov.1997) – no sentido de que as normas anteriores à

Outro não é o entendimento de Juarez Tavares:

A referência à reprovação, no sentido da simples retribuição, como fundamento da pena é incompatível com um estado democrático de direito subordinado a determinados fins protetivos da pessoa, em atenção à sua dignidade e cidadania (art.1º, II e III, CF), ao seu bem-estar (art.3º, IV, CF) e a prevalência dos direitos humanos (art.4º, II, CF).<sup>597</sup>

Ladeando todos esses fundamentos que comprometem qualquer finalidade retributiva ao art. 59 do CP, importante mencionar, ainda, que, em confronto com os diplomas internacionais que assentam as funções da pena, tanto pelo critério hierárquico, quanto pelo critério cronológico, melhor sorte não recairá sobre o dispositivo.

Conforme se verá no próximo item investigativo, os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos ingressam no ordenamento interno brasileiro com *status* supralegal, logo, encontram-se acima da legislação ordinária e abaixo da Carta Constitucional. Ainda assim, mesmo que dispusessem do mesmo nível hierárquico (e, repisa-se, não os têm) restaria partir para o critério cronológico, no que, da mesma maneira, há tratados e convenções internacionais aderidos pelo Brasil posteriores à indigitada legislação.

No tocante à Lei de Execução Penal (LEP), Lei nº 7.210/84, conforme sustentado quando da análise dos aspectos históricos da pena de prisão no Brasil, foi possível observar que, com o seu advento, marcou-se um período de absorção dos valores positivistas, tendo o

---

Constituição vigente não são por ela recepcionadas e, portanto, são revogadas, nos parece que a técnica mais adequada é aquela que prestigia a inconstitucionalidade superveniente da norma incompatível com a nova ordem constitucional. Bem por isso cita-se Cláudio de Souza Neto e Daniel Sarmento a este respeito: “Sob o prisma conceitual, é certo que os critérios hierárquico e cronológico para resolução de antinomias jurídicas não têm a mesma força. Do ponto de vista lógico, o critério hierárquico é preferencial em relação ao critério cronológico. Em outras palavras, só se recorre ao critério cronológico – que preconiza a revogação da norma anterior pela posterior com ela incompatível – se não for possível resolver a antinomia com o emprego do critério hierárquico, o que apenas ocorre quando as normas em confronto situarem-se no mesmo patamar. Ora, a Constituição e os atos infraconstitucionais não se situam no mesmo nível hierárquico. A Constituição é superior aos demais atos normativos localizando-se no escalão mais elevado do ordenamento positivo. Daí por que o conflito entre a Constituição e outras normas, mesmo as que lhe forem anteriores, deve ser equacionado por meio do critério hierárquico de resolução de antinomias, e não do critério cronológico, o que aponta para a correção da tese da não recepção como inconstitucionalidade superveniente, e não como revogação”. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. 3. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 563.

<sup>596</sup> Sem embargo, sustentam Claudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento que “[...] a mudança no fundamento de validade do ato normativo recepcionado pode ser extremamente relevante do ponto de vista hermenêutico, alterando substancialmente o sentido da norma recebida. Isto porque, todas as normas jurídicas vigentes em um Estado devem ser interpretadas à luz da respectiva Constituição. Este imperativo também se aplica às normas editadas anteriormente à Constituição e por ela recepcionadas”. *Ibid.*, p. 555-556.

<sup>597</sup> TAVARES, Juarez. Culpabilidade e individualização da pena. In: BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André (Org.). **Cem anos de reprovação: uma contribuição interdisciplinar para a crise da culpabilidade**. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 121-152. p. 132.

referido diploma legal sinalizado expressamente para as funções da pena: efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

Vale copiar na íntegra o artigo inaugural do indigitado diploma legal: “Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”<sup>598</sup>.

Observa-se que duas foram as funções aclamadas pelo legislador ordinário como objetivos da execução da pena: a uma, efetivar a pena cominada judicialmente, consubstanciando a 2ª etapa da individualização da pena, em ordem a qualificar o caráter de prevenção geral positiva da pena; a duas, preconiza que a execução da pena deve propiciar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado, de modo que instaura a 3ª fase da individualização da pena, marcada pela função de prevenção especial positiva.

Se, por um lado, põe-se em efeito a restauração da ordem jurídica com a aplicação em concreto da sanção penal no indivíduo condenado, por outro, propõe-se um programa mínimo de condições para reintegrá-lo na sociedade<sup>599</sup>.

A despeito de muitos autores sustentarem pela carga retributiva da sanção penal quando da análise literal da primeira parte do art. 1º da LEP, entende-se que não foi essa a posição do legislador<sup>600</sup>.

Da exposição de motivos da LEP observa-se que as funções penais eleitas – a despeito de se consagrarem a reprimir e prevenir crimes, seguem a teoria dialética de Claus Roxin, quando esclarece que as penas se destinam à proteção dos bens jurídicos e à reincorporação

<sup>598</sup> 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm)>. Acesso em: 19 ago. 2017.

<sup>599</sup> A distinção do programa máximo e mínimo atribuído à função de prevenção especial positiva fora declinada quando da análise dos itens 1.2 e 2.3.2.

<sup>600</sup> Entre eles Guilherme de Souza Nucci, que sustenta posição eclética, quando admite que “[...] a pena tem vários fins comuns e não excludentes: retribuição e prevenção”. NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 401. Conferir, também, Renato Marcão: “A execução penal deve objetivar a integração social do condenado ou do internado, já que adotada a teoria mista ou eclética, segundo a qual a natureza retributiva da pena não busca apenas a prevenção, mas também a humanização. Objetiva-se, por meio da execução, punir e humanizar”. MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 21. Sustentando pelo caráter retributivo da pena, ainda, Maurach: “[...] a pena é um mal que se impõe ao delinquente, cuja essência é a retribuição”. MAURACH, Reinhart. **Derecho penal**. Parte geral. Atualização de Heinz Zipf. Buenos Aires: Astrea, 1994. p. 85 et seq. No mesmo sentido, Faria Costa, Gárcia-Pablos, Santiago Mir Puig, Rogério Greco, Rogério Sanches Cunha e tantos outros.

do autor à comunidade. Logo, revelam-se as funções de prevenção geral e especial aclamadas pelo mestre alemão.

Passa-se à exposição de motivos da LEP:

#### DO OBJETO E DA APLICAÇÃO DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

13. Contém o artigo 1º duas ordens de finalidades: a correta efetivação dos mandamentos existentes nas sentenças ou outras decisões, destinados a **reprimir** e a prevenir os delitos, e a oferta de meios pelos quais os apenados e os submetidos às medidas de segurança venham a ter participação construtiva na comunhão social.

14. Sem questionar profundamente a grande temática das finalidades da pena, curva-se o Projeto, na esteira das concepções menos sujeitas à polêmica doutrinária, ao princípio de que as penas e medidas de segurança devem realizar a **proteção dos bens jurídicos** e a **reincorporação do autor à comunidade**.<sup>601</sup> [Grifo nosso].

Apesar de se afirmar na exposição de motivos que não se questionaria profundamente as funções delimitadas pelas teorias da pena, justo por conta de sua reconhecida polêmica doutrinária, lembra Julio Fabbrini Mirabette que se adotou o princípio de que as penas e medidas de segurança devem servir à proteção dos bens jurídicos e para reintegração do autor à sociedade, na esteira do que preconizado pela Nova Defesa Social<sup>602</sup>.

Entretanto, assim como a dúbia exposição de motivos da reforma da parte geral do Código Penal de 1984, a análise literal da exposição de motivos da LEP revelou-se complexa.

O texto oriundo da Presidência da República, de lavra do então Ministro da Justiça, Dr. Ibrahim Abi-Ackel, traz, em sua primeira parte do art. 1º a expressão “reprimir”, cujo vocábulo brasileiro possui a seguinte etimologia: conter o efeito ou o progresso de; proibir, coartar; ocultar, não manifestar; não deixar manifestar; violentar, vexar, oprimir; punir; conter-se, moderar-se, deter-se<sup>603</sup>.

Ocorre que uma leitura consentânea com o texto de 1988 importa em dizer que a punição, na forma de reprimir, não deve ser lida como retribuição pelo castigo, senão como detenção temporária do sujeito condenado criminalmente – por meio da privação de sua liberdade – pelo limite cominado em sentença penal, para fins de prevenção geral positiva, de modo a restabelecer a ordem jurídica acoimada pelo crime.

<sup>601</sup> 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm)>. Acesso em: 19 ago. 2017.

<sup>602</sup> MIRABETTE, Julio Fabbrini. **Execução penal**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

<sup>603</sup> **DICIONÁRIO Aurélio on-line**. Disponível em: <<https://dicionariodoaurelio.com/reprimir>>. Acesso em: 30 mar. 2017.

Entretanto, ainda que se possa concluir pela carga retributiva da pena inserta no texto normativo, na figura do verbo “reprimir”, entende-se novamente que, nessa parte, num juízo de inconstitucionalidade superveniente, a terminologia “reprimir” não foi recepcionada pela nova ordem constitucional vigente, pois incompatível com os valores nela consagrados.

Em uma última linha argumentativa, que ladeia a inconstitucionalidade de qualquer medida tendente a imprimir à pena finalidade retributiva ou outra que não seja a prioritariamente eleita pelo ordenamento, é de que, também pela via da integração no ordenamento interno dos tratados e convenções internacionais que tratam de direitos humanos, cujo *status* normativo é de supralegalidade, os diplomas internos que se mostrarem incompatíveis com elas devem ser tidos por revogados.

É o caso de prestar obséquio à Convenção Interamericana de Direitos Humanos – Pacto São José da Costa Rica, como se verá das conclusões preliminares deste tópico.

Uma última nota deve ser registrada no que pertine à finalidade de prevenção especial positiva estampada, como visto acima, tanto na exposição de motivos (reincorporação do autor à comunidade), como no artigo inaugural da Lei de Execuções Penais (proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado).

Por tudo quanto exposto ao aludido conceito de prevenção especial positiva, qualquer leitura ressocializadora que possa ser compatível com os axiomas constitucionais deve restringir o conceito a um programa mínimo de condições propiciadoras de reintegração do condenado à sociedade livre. Para ser mais claro, qualquer projeção legal e disciplinar voltada à ressocialização do condenado pela via do tratamento terapêutico, moral, educacional e correcionalista vai de encontro aos princípios constitucionais de mais alta envergadura: o direito à livre expressão e manifestação, e a formação do pensamento e da consciência (art. 5º, incisos IV, V, VI e IX), de modo a expressar a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III da CF).

De tudo isso resulta, adverte Andrei Zenkner Schmidt<sup>604</sup>, “[...] que toda ressocialização cogentemente imposta é inconstitucional”.

É com esse entendimento que se afigura inconstitucional colocar em prática a execução da pena de prisão com base no que externado na seguinte passagem da exposição de motivos da Lei nº 7.210/84:

---

<sup>604</sup> SCHMIDT, Andrei Zenkner. Direitos, deveres e disciplina na execução penal. In: CARVALHO, Salo de (Org.). **Crítica à execução penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 249-316. p. 258.

### CLASSIFICAÇÃO DOS CONDENADOS

26. A classificação dos condenados é requisito fundamental para demarcar o início da execução científica das penas privativas da liberdade e da medida de segurança detentiva. Além de constituir a efetivação de antiga norma geral do regime penitenciário, a classificação é desdobramento lógico do princípio da personalidade da pena, inserido entre os direitos e garantias constitucionais. A exigência dogmática da proporcionalidade da pena está igualmente atendida no processo de classificação, de modo que a cada sentenciado, conhecida a sua personalidade e analisado o fato cometido, corresponda o tratamento penitenciário adequado. 27. Reduzir-se-á mera falácia o princípio da individualização da pena, com todas as proclamações otimistas sobre a recuperação social, se não for efetuado o exame de personalidade no início da execução, como fator determinante de tratamento penal, e se não forem registradas as mutações de comportamento ocorridas no itinerário da execução.<sup>605</sup> [Grifo nosso].

Desde essa perspectiva, entende-se assistir razão a Andrei Zenkner Schmidt<sup>606</sup>, quando assinala que a ressocialização não deve ser tratada como finalidade da pena, bem assim não pode ser vista como um dever imposto aos presidiários, senão um direito conferido aos mesmos para que, se assim desejarem, tenham a sua disposição condições que propiciem seu retorno à sociedade livre.

A partir dessa visão, permite-se concluir pela franca incongruência entre a versão oficial (“reincorporação do autor à comunidade” e “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”) – inicialmente compatível com o texto constitucional – com outras disposições presentes no campo disciplinar e para a consecução do próprio sistema progressivo<sup>607</sup>.

Destarte, tem-se por recepcionada pela Constituição Federal de 1988 a finalidade de prevenção especial positiva sustentada pela LEP, desde que lida e efetivada como um programa mínimo de condições propiciadoras de reintegração do condenado à sociedade livre.

<sup>605</sup> 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm)>. Acesso em: 19 ago. 2017.

<sup>606</sup> SCHMIDT, Andrei Zenkner. Direitos, deveres e disciplina na execução penal. In: CARVALHO, Salo de (Org.). **Crítica à execução penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 249-316. p. 258-259.

<sup>607</sup> É dizer, “[...] a Lei de Execução Penal não pode determinar o dever de o preso ser um cidadão bom, disciplinado, obediente, urbano, respeitador, socializado, trabalhador, capaz de perceber seus erros, solidário, grato e, por fim, higiênico, mas sim o direito de ele, se assim desejar, buscar o melhor caminho para que a sua personalidade adeque-se a estes valores que, só por estigmatização, os presos não possuem. Nesse sentido, somente podem ser determinados deveres aos presos em situações em que a conduta exteriorizada lese, ou detenha potencialidade de lesar, o direito de outro preso ou de um cidadão qualquer. Não é possível sustentar-se, constitucionalmente, a legitimidade estatal de punir alguém disciplinarmente pelo fato de sua personalidade não se adequar a princípios ético-sociais. Toda disciplina carcerária deve restar legitimada em atenção à garantia de que uma infração disciplinar só possa ser considerada válida nos casos em que uma conduta exterior (mas não qualquer conduta exterior) ofenda garantias fundamentais de outro cidadão”. Ibid., p. 259-260.

Semelhante entendimento encontra-se na lição de Andrei Zenkner Schmidt quando aduz que apenas se pode falar em ressocialização como função principal da pena se se atentar que esse desiderato não se revela em um dever, mas, em verdade, um direito do condenado, de maneira que não se pode taxar de indisciplinado o apenado que não concorde com as diretrizes disciplinares que imponham comportamentos reformadores. Tal premissa se extrai da própria natureza limitadora do poder de punir encartada no direito penal contemporâneo, em que vige o princípio da secularização e da tolerância, cuja estruturação dogmática se impõe a partir da culpabilidade do fato praticado. Destarte, “[...] não há razão plausível para, no curso do processo de execução, a culpabilidade tornar a ser pelo caráter ou pela condução da vida do sujeito”<sup>608</sup>.

#### 3.3.4.2 Integração e receptividade dos tratados internacionais

No plano internacional, cumpre delimitar o núcleo essencial do cumprimento da pena de prisão, pautado por políticas instrumentais de humanização do indivíduo e que, em sua grande maioria, postulam aos Estados-partes que ponham em curso a prevenção especial positiva como função prioritária da pena.

Nesse inequívoco propósito declina-se, quando da apresentação do modelo formal/preconizado (item 3.2), as principais normativas no campo do Direito Internacional dos Direitos Humanos que tratam das funções das penas.

Sem embargo, importa, nesta etapa de confronto hermenêutico-constitucional, verificar não apenas com que força ingressaram os tratados internacionais no ordenamento interno brasileiro, como também averiguar se os objetivos penais delineados se encontram em sintonia com o texto constitucional.

Desde o julgamento do RE 466.343-1/SP, na sessão plenária do dia 22 de novembro de 2006, em que se discutia a questão da prisão civil por dívida nos contratos de alienação fiduciária em garantia, o STF, a partir do voto-vista do Ministro Gilmar Mendes, firmou

---

<sup>608</sup> SCHMIDT, Andrei Zenkner. Direitos, deveres e disciplina na execução penal. In: CARVALHO, Salo de (Org.). **Crítica à execução penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 249-316. p. 262.



entendimento pela supralegalidade dos tratados de direitos humanos, de modo que estão hierarquicamente situados acima das leis e abaixo da Constituição<sup>609</sup>.

Visto o grau hierárquico com que os tratados internacionais ingressam no ordenamento jurídico, impõe-se averiguar, também, se as normas internacionais não convencionais dispõem de mesma validade jurídica no plano normativo interno. Isso porque o Brasil, ao adotar um modelo dualista moderado<sup>610</sup>, estabeleceu um procedimento complexo entre o Poder Executivo e o Legislativo para o ingresso dos tratados e convenções internacionais no plano interno<sup>611</sup>, a despeito da desnecessidade de legislação interna disciplinar o conteúdo material dos tratados.

Com efeito, os mecanismos não convencionais, tais quais as regras, resoluções, declarações, reuniões, grupos de trabalho e outros instrumentos que compõem o sistema global de proteção dos direitos humanos, que não passem pelo crivo da internalização própria

---

<sup>609</sup> Valério de Oliveira Mazzuoli anota que o STF, “[...] apesar de continuar entendendo que os tratados internacionais comuns ainda guardam relação de paridade normativa (nível de lei ordinária, portanto) com o ordenamento jurídico doméstico, defendeu o Min. Gilmar Mendes a tese de que os tratados de direitos humanos estariam num nível hierárquico intermediário: abaixo da Constituição, mas acima de toda a legislação infraconstitucional”. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 414.

“Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção da pessoa humana.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 466.343-I/SP**. Voto-vista do Min. Gilmar Mendes, Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

<sup>610</sup> Esta é a posição dominante na doutrina e corroborada pelo STF (V. ADIn 1.480-DF, rel. Min. Celso de Mello, Informativo do STF, nº 109, DJU 13.05.1998). Destaca Valério Mazzuoli que “[...] os defensores do chamado dualismo moderado, por sua vez, não chegam ao extremo de adotar a fórmula legislativa para que, só assim, o tratado entre em vigor no país, mas admitem a necessidade de um ato formal de internalização, como um decreto ou um regulamento executivo. A Suprema Corte brasileira tem exigido, após a aprovação do tratado pelo Congresso Nacional e a troca dos respectivos instrumentos de ratificação que, de resto, a prática brasileira já segue há vários anos, que seja o tratado internacional promulgado internamente, por meio de um decreto de execução presidencial (não se exigindo seja o tratado ‘transformado’ em lei interna). Para o Supremo Tribunal Federal, tal decreto executivo, enquanto momento culminante do processo de incorporação dos tratados ao sistema jurídico brasileiro, é manifestação essencial e insuprimível, considerando-se seus três efeitos básicos: a) a promulgação do tratado internacional; b) a publicação oficial de seu texto; e c) a executoriedade do ato internacional. Nesse sentido, poder-se-ia dizer que o STF tem assumido a posição dualista moderada”. Id. Supremo Tribunal Federal. **ADIn 1.480-DF**, rel. Min. Celso de Mello, Informativo do STF, nº 109, DJU 13.05.1998. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14819932/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1480-df-stf>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

<sup>611</sup> “Para além de um procedimento internacional de celebração de tratados (regulado pelas convenções de Viena de 1969 e 1986), existe ainda uma processualística interna de conclusão dos atos internacionais. Os Estados são responsáveis em manter, dentro de seu Direito interno, um sistema de integração das normas internacionais por eles mesmos subscritas. Essa processualística ou vem disciplinada em lei ou regulada pelo texto constitucional, sendo esse último o caso do Brasil. Trata-se então de estudar a competência dos poderes constituídos para a celebração de tratados-conhecida na expressão inglesa por *treaty-making power* – e a sistemática de incorporação desses mesmos instrumentos na ordem jurídica brasileira”. MAZZUOLI, op. cit., p. 368.

dos tratados<sup>612</sup>, suscitam divergências doutrinárias sobre a efetividade de seu alcance e o grau de coercitividade de suas sanções<sup>613</sup>.

Tanto é assim que o governo brasileiro, conforme lembra Valério Mazzuoli<sup>614</sup>, tem adotado entendimento de que somente o Conselho de Segurança da ONU dispõe do poder de tomada de decisões coercitivas, de caráter mandamental, de modo que os países-membros das Nações Unidas têm que cumprir e fidedignamente executar (por meio de Decreto), no âmbito de suas respectivas atribuições, as resoluções do Conselho.

Nessa linha de perspectivas, posicionar-se-á os atos das organizações internacionais de cunho não obrigatório, bem assim os atos concertadamente produzidos por Estados que não tenham a forma de tratado e não vinculantes, como modalidades de *soft law*<sup>615</sup>.

Na prática, o *soft law*, na maioria das vezes, não se constitui das formas tradicionais adotadas pelas normativas internacionais, a exemplo dos tratados, ainda que possam se identificar como resoluções ou recomendações não vinculantes de organizações internacionais<sup>616</sup>.

<sup>612</sup> Ensina Paulo Henrique Portella que “[...] o Brasil adota o modelo tradicional, pelo qual a incorporação depende de um processo que culmina na promulgação, ato de competência do Presidente da República, formalizado por meio de decreto que ordena a execução do tratado no âmbito nacional e determina sua publicação no Diário Oficial da União, conferindo ao ato internacional força obrigatória dentro do território nacional”. PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito internacional público e privado**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 131.

<sup>613</sup> “As decisões das organizações intergovernamentais – assim como as decisões dos Estados – são também unilaterais, eis que emanadas de um único órgão, ao qual se atribui (por meio do tratado-fundação da organização) o poder de emitir decisões com poderes vinculantes para os Estados-partes. Não há, aqui, troca de manifestações de vontade, como ocorre nos acordos (tratados internacionais) concluídos entre Estados, ou entre Estados e organizações internacionais ou entre apenas organizações internacionais. Tais decisões não exprimem a vontade dos Estados diretamente, mas a da própria organização, não sendo assinados e tampouco ratificados (como ocorre com os tratados), mas sim votados.” [grifo nosso]. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 167. Segue o autor: “**Se a doutrina brasileira ainda é bastante divergente no que tange à recepção e ao ingresso das normas convencionais no nosso Direito interno, em relação às decisões das organizações internacionais o debate sequer ganhou corpo**. A situação não é diferente em outros países. São poucos os trabalhos de fôlego relativamente à eficácia interna das decisões de organizações internacionais publicados pela doutrina estrangeira. Sobre a autoridade de tais decisões no Direito Internacional Público, veja-se o trabalho de Hervé Ascensio, *L'autorité de chose décidée en droit international public*, Thesis Doctoral, Paris: Université de Paris X, 1997, p. 695.” [grifo nosso]. *Ibid.*, p. 169.

<sup>614</sup> *Ibid.*, p. 172. Diz o art. 25 do Conselho de Segurança da ONU: “Os membros das Nações Unidas concordam em aceitar e executar as decisões do Conselho de Segurança, de acordo com a presente Carta.”

<sup>615</sup> Esclarece Valério Mazzuoli que, “[...] apesar de não se ter ainda, na doutrina internacionalista, uma conceituação adequada do que seja *soft law* – que, em português, pode ser traduzida por direito plástico, direito flexível ou direito maleável –, pode-se afirmar que na sua moderna acepção ela compreende rodas aquelas regras cujo valor normativo é menos constringente que o das normas jurídicas tradicionais, seja porque os instrumentos que as abrigam não detêm o status de ‘normas jurídicas’, seja porque os seus dispositivos, ainda que insertos no quadro de instrumentos vinculantes, não criam obrigações de direito positivo aos Estados, ou não criam senão obrigações pouco constringentes”. MAZZUOLI, op. cit., p. 185.

<sup>616</sup> PORTELA, op. cit., p. 84.

Posto isso, cabe esclarecer que serão adotadas, para os fins desta pesquisa, como critério de recepção interna vinculante, aquelas normativas que, primeiro, expressamente apontem sua obrigatoriedade de adesão ou que, silentes, deixem de informar que não possuem efeitos vinculantes; segundo, ainda que superado esse óbice, devem as normas não convencionais, em eventual confronto com o ordenamento interno, serem aferidas com base no princípio da norma mais favorável<sup>617</sup> e sintonizadas com o texto constitucional.

Tomadas essas indispensáveis notas introdutórias, passa-se a perquirir, sob essa ótica integrativa, as principais normas internacionais que tratam da função da pena de prisão.

A partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, nomeadamente em seu artigo V, tem-se que “[...] ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante”<sup>618</sup>.

A par das discussões sobre eventual força jurídica do referido diploma internacional<sup>619</sup>, entende-se que o posicionamento pela expressão “castigo”, em detrimento de “pena”, revela-se incompatível ao ser depurado pela hermenêutica penal constitucional, em especial com o conjunto de princípios de matriz humanitária que compõem a CF/88 e notadamente em confronto com o art. 5º, inciso XLVII, que determina que não haverá “penas” cruéis, perpétuas, de morte (salvo exceção) e de banimento, não optando pela figura do castigo.

Em verdade, tem-se que o castigo, revelador de uma funcionalidade retributiva da pena, é, em si, uma pena cruel, desumana e degradante, e, por isso, repisa-se, inconstitucional.

---

<sup>617</sup> É dizer, “[...] o Direito Internacional do Direito Humanos vai conceber o princípio da primazia da norma mais favorável à vítima/ao indivíduo, pelo qual, em conflito entre normas internacionais e internas, deve prevalecer aquela que melhor promova a dignidade humana. Este princípio funda-se não no suposto primado da ordem internacional ou nacional, mas sim na prevalência do imperativo da proteção da pessoa humana, valor atualmente percebido por parte importante da sociedade internacional como superior a qualquer outro no universo jurídico”. PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito internacional público e privado**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 63.

<sup>618</sup> ONU. **Declaração Universal de Derechos Humanos**. Disponível em: <<http://www.un.org/es/documents/udhr/>>. ONU>. Acesso em: 22 jun. 2017.

<sup>619</sup> Leciona Valério Mazzuoli que “[...] a Declaração Universal não é tecnicamente um tratado, pois não passou pelos procedimentos tanto internacionais como internos de celebração de tratados. Seria, a priori, somente uma ‘recomendação’ das Nações Unidas, adotada sob a forma de resolução de sua Assembleia Geral, a consubstanciar uma ética universal em relação à conduta dos Estados no que tange à proteção internacional dos direitos humanos. Mas apesar de não ser um tratado stricto sensu, pois nascera de resolução da Assembleia Geral da ONU, como referido, não tendo também havido sequência à assinatura, o certo é que a Declaração Universal deve ser entendida, primeiramente, como a interpretação mais autêntica da expressão ‘direitos humanos e liberdades fundamentais’, constante daqueles dispositivos já vistos da Carta das Nações Unidas. Em segundo lugar, é possível (mais que isso, é necessário) qualificar a Declaração Universal como norma de jus cogens internacional.” MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 954. No mesmo sentido, Flávia Piovesan. PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e direito constitucional internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 137.

Vista ainda sua higidez pela hermenêutica de integração normativa, sua eventual recepção dar-se-ia com força normativa infraconstitucional, de modo que postular por uma finalidade retributiva à pena, através do castigo – ainda que dosada pela impossibilidade de ser cruel, desumana e degradante – atenta contra os objetivos penais extraídos do texto constitucional.

No mesmo sentido encontra-se o voto do Ministro Celso de Mello:

Supremacia da CR sobre todos os tratados internacionais. O exercício do “treaty-making power”, pelo Estado brasileiro, está sujeito à observância das limitações jurídicas emergentes do texto constitucional. Os tratados celebrados pelo Brasil estão subordinados à autoridade normativa da CR. Nenhum valor jurídico terá o tratado internacional, que, incorporado ao sistema de direito positivo interno, transgredir, formal ou materialmente, o texto da Carta Política.<sup>620</sup>

Para além desses argumentos acima alinhavados, adiciona-se – em eventual conflito aparente de normas<sup>621</sup> – que tratados e convenções internacionais posteriores, defesos à ideia de castigo, passaram a vigorar recorrentemente com expressão literal de coibir “penas” cruéis, desumanas e degradantes, em detrimento, acertadamente, da palavra “castigo”, no que se harmonizam com postulado das penas humanitárias e derrogam do ordenamento interno qualquer finalidade de castigo ou outra(s) que não seja compatível com o comando constitucional<sup>622</sup>.

Situação que merece atenção refere-se às Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos, adotadas pelo Primeiro Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, realizado em Genebra, em 1955, e aprovadas pelo Conselho

<sup>620</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MI 772 AgR**, rel. min. Celso de Mello, j. 24-10-2007, P, DJE de 20-3-2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=582646>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

<sup>621</sup> Eventual conflito aparente de normas – ainda que internacionais, mas integradas com mesmo status no ordenamento jurídico interno – deve ser resolvido pelo critério cronológico ou de especialidade. Para a hipótese corrente, as normas em conflito tratam do mesmo tema (função da pena), de modo que prevalece o critério cronológico, em que a norma mais moderna revoga a mais antiga com ela incompatível. Neste sentido, Paulo Henrique Portela: “[...] as normas internacionais ficam, portanto, sujeitas ao critério hierárquico de solução de antinomias. Quando em confronto com espécies normativas da mesma hierarquia, aplicam-se os critérios cronológicos e da especialidade, salvo quando se revistam de status constitucional, hipótese em que incidem os princípios relativos aos conflitos entre preceitos constitucionais”. PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito internacional público e privado**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 137.

<sup>622</sup> Este é o caso do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art.7) e do Pacto São José da Costa Rica (art.5º, 6), desde que interpretados conforma a Constituição para deles se extrair o sentido da prevenção especial positiva. OEA. **Convenção Americana de Direitos Humanos** (Pacto de São José da Costa Rica). Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>. Acesso em: 22 jun. 2017.

Econômico e Social das Nações Unidas, através das suas resoluções 663 C (XXIV), de 31 de julho de 1957, e 1976 (LXII), de 13 de maio de 1977.

Inicialmente, cabe lembrar que as referidas regras mínimas se revestem da condição jurídica de normas não convencionais, vale dizer, expressam valores, ainda que em matéria de direitos humanos, a serem seguidos como recomendações, mas que não ingressam no ordenamento jurídico com *status* normativo<sup>623</sup>.

Como visto alhures, duas finalidades penais, em modelo misto/unitário, são objetivadas pelo referido regramento internacional, a saber, penalizar o indivíduo pela retribuição (ainda que excepcionalmente) e prevenir pelo tratamento corretivo, terapêutico, educativo e moral, no que revela, nesta segunda parte, um programa máximo de prevenção especial positiva.

Vale lembrar o dispositivo:

57. A prisão e outras medidas que resultam na separação de um criminoso do mundo exterior são dolorosas pelo próprio fato de retirarem à pessoa o direito de autodeterminação, por a privarem da sua liberdade. Logo, o sistema penitenciário não deve, exceto pontualmente por razões justificáveis de segregação ou para a manutenção da disciplina, agravar o sofrimento inerente a tal situação.

O fim e a justificação de uma pena de prisão ou de uma medida semelhante que priva de liberdade é, em última instância, de proteger a sociedade contra o crime. Este fim só pode ser atingido se o tempo de prisão for aproveitado para assegurar, tanto quanto possível, que depois do seu regresso à sociedade, o criminoso não tenha apenas à vontade, mas esteja apto a seguir um modo de vida de acordo com a lei e a sustentar-se a si próprio.

Nesta perspectiva, o regime penitenciário deve fazer apelo a todos os meios terapêuticos, educativos, morais, espirituais e outros e a todos os meios de assistência de que pode dispor, procurando aplicá-los segundo as necessidades do tratamento individual dos delinquentes.<sup>624</sup> [Grifo nosso].

Sem embargo, as duas finalidades apregoadas – retribuição pelo agravamento do sofrimento inerente à segregação e disciplina, bem como o viés terapêutico e correccionalista – revestem-se de inquinada inconstitucionalidade.

<sup>623</sup> A Resolução adotada a 31 de agosto de 1955 confirma seu caráter de recomendação na seguinte passagem: “[...] confia em que estas Regras sejam aprovadas pelo Conselho Econômico e Social e, se o Conselho considerar oportuno, pela Assembleia Geral, e que sejam transmitidas aos Governos com a recomendação de (a) que examinem favoravelmente a sua adoção e aplicação na administração dos estabelecimentos penitenciários, e (b) que o Secretário-Geral seja informado de três em três anos dos progressos realizados no que respeita à sua aplicação”. ONU. **Regras mínimas para tratamento dos reclusos**. Disponível em: <[http://www2.camara.leg.br/atividade\\_legislativa/comissoes/comissoespermanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/RegMinTratRec.html](http://www2.camara.leg.br/atividade_legislativa/comissoes/comissoespermanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/RegMinTratRec.html)>. Acesso em: 22 jun. 2017.

<sup>624</sup> Ibid.

É dizer, tanto pela inconstitucionalidade em confronto direto com a CF/88, como em inequívoco atrito com os tratados mais modernos que disciplinam o tema, não carece de legitimidade preconizar a retribuição pelo agravamento do sofrimento, justo porque implica em ferir objetivos republicanos de promover o bem de todos (e não o mal), sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, inciso, CF), bem como esvazia o núcleo fundamental e intransponível da tutela penal: a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, CF).

Não menos afrontoso é atribuir à prevenção especial positiva fins correccionalistas, reformadores, terapêuticos e morais, porquanto, sinalizando pelo programa máximo, colidem com princípios constitucionais de mais alta envergadura: o direito à livre expressão e formação do pensamento e manifestação (art. 5º, incisos IV, V, VI e IX), de modo a expressar a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, CF)<sup>625</sup>.

Bem por essa razão que a Organização dos Estados Americanos, por meio da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), divulgou relatório sobre os direitos humanos das pessoas privadas de liberdade nas Américas em 2011, concluindo que:

Por outro lado, a participação dos prisioneiros nessas atividades deve ser sempre voluntária e não coerciva porque a presente concepção de reabilitação promove um maior reconhecimento de que a mudança real e autodesenvolvimento vêm de eleição. O que também implica que o tratamento de prisão deve ser destinado a promover nos prisioneiros respeito em si próprio e para desenvolver seu senso de responsabilidade. Neste sentido, o modelo educacional adotado pelo Estado deve ser determinado não só para lidar com possíveis déficits psicológicos de criminosos, ou o desenvolvimento moral, ou concebido apenas como um meio para detento formação profissional; mas a preocupação fundamental na educação no ambiente de prisão deve ser a dignidade humana. A dignidade humana implica o respeito tanto na pessoa, quanto na sua realidade e em sua potencialidade. Portanto, a educação deve ser orientada para o desenvolvimento das pessoas.<sup>626</sup> [Grifo no original].

---

<sup>625</sup> Ensina Ingo Wolfgang Sarlet que “[...] a existência de uma série de direitos especiais de personalidade consagrados textualmente e de forma autônoma no texto constitucional (v.g, no caso da Constituição Federal, os direitos à privacidade, intimidade, honra e imagem) não faz com que a cláusula geral de proteção da personalidade tenha um caráter meramente complementar ou até mesmo simbólico, pois, muito antes pelo contrário, assume a condição de direito fundamental, autônomo, destinado a assegurar a livre formação e desenvolvimento da personalidade, a proteção da liberdade da ação individual e a proteção da integridade pessoal em sentido integral e não reduzida às refrações particulares que representam o âmbito de proteção dos direitos especiais de personalidade”. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luis Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 385-386.

<sup>626</sup> OEA. **Relatoria sobre los derechos de las personas privadas de libertad en las Américas**. Disponível em: <[http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/informes\\_anuales.asp](http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/informes_anuales.asp)>. Acesso em: 21 ago. 2017.

Aliás, a mesma interpretação se estende às Regras de Mandela, elaboradas pela Comissão sobre Prevenção ao Crime e Justiça Criminal em Viena, entre 18 e 22 de maio de 2015, justo porque reafirma em suas regras de aplicação geral, princípios básicos orientadores do tratamento dispensado nas práticas penitenciárias pelas Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos de 1955<sup>627</sup>.

É dizer, repete-se a teleologia das regras mínimas de 1955, com as quais este estudo confrontou-se e, apurando finalidades incompatíveis com a CF/88, as vergastou, a exemplo da regra 43:

#### Regra 43

1. Em nenhuma hipótese devem as restrições ou sanções disciplinares implicar em tortura ou outra forma de tratamento ou sanções cruéis, desumanos ou degradantes. As seguintes práticas, em particular, devem ser proibidas: (a) Confinamento solitário indefinido; (b) Confinamento solitário prolongado; (c) Encarceramento em cela escura ou constantemente iluminada; (d) Castigos corporais ou redução da dieta ou água potável do preso; (e) Castigos coletivos.<sup>628</sup>

Parece claro, portanto, que não merece guarida no ordenamento interno eventual interpretação que prestigie, na via excepcional, “outros tipos de castigos”, ainda que não sejam de índole corporal, de racionamento de alimentação e de ordem coletiva.

Lado outro, é de toda evidência o significativo avanço nas conclusões e recomendações presentes na revisão das práticas penitenciárias promovidas pelas Regras de Mandela, de sorte que, tirante a incompatibilidade com o ordenamento interno de finalidades retributivas à pena, nada obsta que, em homenagem ao princípio da primazia dos direitos humanos, não se percam de vista as demais conquistas alvitadas na condição de recomendações.

Lado outro, o Decreto nº 592, de 06 de junho de 1992, promulgou no ordenamento interno o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado pela XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966.

<sup>627</sup> “Reafirma, no contexto do parágrafo 5 acima, as observações preliminares às Regras de Mandela, destaca o caráter não vinculante das Regras de Mandela, reconhece a variedade das condições jurídicas dos Estados-Membros e, nesse sentido, reconhece que os Estados-Membros podem adaptar a aplicação das Regras de Mandela aos seus sistemas jurídicos, conforme apropriado, levando em consideração o espírito e propósito das Regras”. ONU. **Nelson Mandela rules**. Disponível em: <<http://ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/NelsonMandelaRules.pdf>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

<sup>628</sup> Ibid.

Com efeito, reza o art. 10º, item 3, que “[...] o regime penitenciário consistirá num tratamento cujo objetivo principal seja a reforma e a reabilitação normal dos prisioneiros”<sup>629</sup>.

Desde a perspectiva de prevenção especial positiva que orienta a função constitucional da pena, já abordada no item anterior (3.3.4 Integração e receptividade das leis), verificou-se que qualquer ingerência estatal com finalidade ressocializadora com projeção de emendar, reformar, tratar e corrigir o indivíduo se reveste de chapada inconstitucionalidade. Posto isso, também para salvar o Decreto nº 592/92, impõe-se interpretá-lo conforme a Constituição, no que deve ser entendida a “reabilitação normal dos prisioneiros” como um programa de condições propiciadoras de reintegração do indivíduo na sociedade livre, arrostando-se o termo “reforma”.

Situação mais complexa é a do Tribunal Penal Internacional (TPI).

Criado em 17 de julho de 1998, com sede em Haia (Holanda), no intuito de processar e julgar os crimes mais graves contra a humanidade, iniciou suas atividades em 2003. O Brasil é signatário do referido tratado, bem assim o teve internalizado após promulgação do Decreto nº 4.388/02. Logo, trata-se de norma internacional convencional que ingressa no plano interno com *status* supralegal. A despeito disso, a Emenda Constitucional nº 45/04 acrescentou o §4º ao art. 5º da CF, assentando que “[...] o Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”<sup>630</sup>.

Em notas preambulares, o Estatuto de Roma expõe sua base principiológica e, nesse diapasão, sustenta as finalidades penais em vista dos crimes mais graves contra a humanidade:

Reconhecendo que crimes de uma tal gravidade constituem uma ameaça à paz, à segurança e ao bem-estar da humanidade;

Afirmando que os crimes de maior gravidade, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto, não devem ficar impunes e que a sua repressão deve ser efetivamente assegurada através da adoção de medidas em nível nacional e do reforço da cooperação internacional;

<sup>629</sup> ONU. **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**. Disponível em: <<http://www.un.org/es/documents>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

<sup>630</sup> “Porém, certo é que com o advento da EC nº45 (apenas determinou, em ditame constitucional, algo já assente no ordenamento jurídico pátrio desde 2002 e com a nova jurisprudência do STF (acima citada no RE nº 466.343), o TPI (e a sua normatividade) deve ser entendido, atualmente, como norma supralegal (abaixo das normas constitucionais, mas acima das leis ordinárias)”. FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 568. Ainda para o tema, ver LIMA, Renata Montovani; COSTA, Marina Martins Brina. **O tribunal penal internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 159.



Decididos a pôr fim à impunidade dos autores desses crimes e a contribuir assim para a prevenção de tais crimes.<sup>631</sup> [Grifo nosso].

A referência do texto no sentido de pôr fim à impunidade dos autores, contribuindo, assim, para a prevenção de tais crimes, deve ser entendida, na linha do que se tem defendido: como a missão de proteger os bens jurídicos mais relevantes da sociedade, revestindo-se, destarte, da finalidade de prevenção geral positiva, harmonizando-se com a função constitucional da pena.

Observa-se, ademais, que o Estatuto penalizador não se compromete com finalidades reformistas ou ressocializadoras, dada a gravidade dos crimes praticados. De outro lado, o texto objetiva assegurar a repressão desses crimes, e não dos autores, mantendo sintonia com a glosa feita à terminologia quando da análise da exposição de motivos da LEP.

Sucedede que, da tradução espanhola do indigitado diploma internacional, revelam-se intentos retributivos em suas notas preambulares. É o que se vê da seguinte passagem:

*Afirmando que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay queda optar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efetivamente sometidos a la acción de la justicia; Decididos a poner fin a la impunidade de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes.*<sup>632</sup> [Grifo nosso].

Sucedede que, em sentido inverso apresenta-se a tradução original francesa, que descarta a postura retributiva:

*Affirmant que les crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale ne sauraient rester impunis et que leur répression doit être effectivement assurée par des mesures prises dans le cadre national et par le renforcement de la coopération internationale; Déterminés à mettre un terme à*

<sup>631</sup> BRASIL. **Decreto nº 4.388**, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4388.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm)>. Acesso em: 22 jun. 2017.

<sup>632</sup> Para uma leitura crítica acerca do tema, ver PASTOR, Daniel R. O Estatuto de Roma de 1998 e os valores penais da comunidade internacional. In: D'AVILA, Fabio Roberto (Org.). **Congresso Internacional em Direito Penal**. Direito penal e política criminal no terceiro milênio: perspectiva e tendências. Congresso Internacional em Direito Penal. Congresso Transdisciplinar de Estudos Criminais. Porto Alegre, 2009. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011. p. 167-180.

*l'impunité des auteurs de ces crimes et à concourir ainsi à la prévention de nouveaux crimes.*<sup>633</sup> [Grifo nosso].

No mesmo sentido é a versão inglesa:

*Affirming that the most serious crimes of concern to the international community as a whole must not go unpunished and that their effective prosecution must be ensured by taking measures at the national level and by enhancing international cooperation, Determined to put an end to impunity for the perpetrators of these crimes and thus to contribute to the prevention of such crimes.*<sup>634</sup> [Grifo nosso].

Importante esclarecer que o art. 128 do Estatuto versa que o texto original tem como línguas autênticas o inglês, o árabe, o chinês, o espanhol, o francês e o russo<sup>635</sup>.

Com efeito, em homenagem ao princípio da prevalência dos direitos humanos deve-se prestigiar, considerando a diversificada oficialidade dos documentos, aqueles que não sustentem funções retributivas ao Estatuto, tal qual o texto inglês e o francês que, de resto, é a tradução adotada pelo Brasil e internalizada pelo Decreto nº 4.388/02.

Visto que tanto a prevenção especial positiva, quanto a prevenção geral positiva são compatíveis com a leitura principiológica do texto constitucional, mantendo sintonia, inclusive com a interpretação conforme a CF/88 dada à LEP (art. 1º) e ao CP (art. 59), bem como, de modo geral, com as premissas idealizadoras das reformas penais (conforme visto da exposição de motivos), que encampam implicitamente a teoria dialética de Claus Roxin, parece-nos legítimo interpretar os fins penais do Tribunal Penal Internacional como instrumentais de prevenção geral positiva. É dizer, tratando-se de excepcional situação de gravidade penal, permite-se instrumentalizar a função de proteção de bens jurídicos e de restabelecimento do ordenamento jurídico no desiderato de combater a impunidade, sem prejuízo de adequar essa finalidade penal ao programa constitucional de condições propiciadoras para a reintegração social do condenado à sociedade livre.

<sup>633</sup> ONU. **Estatuto de Roma.** Versão francesa. Disponível em: <[http://web.archive.org/web/20031221152816/http://www.icc-cpi.int/library/basicdocuments/rome\\_statute\(f\).html](http://web.archive.org/web/20031221152816/http://www.icc-cpi.int/library/basicdocuments/rome_statute(f).html)>. Acesso em: 21 ago. 2017.

<sup>634</sup> Ibid. Versão em inglês.

<sup>635</sup> Diz o artigo 128 – “Textos Autênticos: O original do presente Estatuto, cujos textos em árabe, chinês, espanhol, francês, inglês e russo fazem igualmente fé, será depositado junto do Secretário-Geral das Nações Unidas, que enviará cópia autenticada a todos os Estados”. Ibid.

Dessa forma, embora tenha se reconhecido como função penal constitucional prioritária a prevenção especial positiva, em situações como a presente, afigura-se hígida a opção por tal finalidade.

Ainda no tocante à Política Criminal Transnacional, no âmbito das normas internacionais não convencionais, a Oficina das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (mais adiante UNODC), incorporara, em 2003, os seus “seis programas globais”, a saber, os relativos a drogas, crime organizado, tráfico de pessoas, lavagem de dinheiro, corrupção e terrorismo, e que hoje se encontram compreendidos dentro do *Crime Programme*<sup>636</sup>.

Dentre as várias recomendações, o programa sustenta que:

Os Estados-Partes adotem certas medidas processuais que tornem efetiva perseguição e o castigo destes delitos no âmbito interno, incluindo a adoção de técnicas de investigação especiais (entregas vigiadas, vigilância eletrônica, agentes disfarçados) e medidas que protejam as vítimas e testemunhas; [...].<sup>637</sup>

Conforme dito alhures, o presente enunciado linguístico vigora no campo da recomendação, não se sujeitando ao controle convencional de constitucionalidade, dado seu caráter não vinculante ao ordenamento interno.

Para além desse fundamento, Jean Pierre Matus Acuña, em acintosa crítica ao *Crime Programme* das Organizações das Nações Unidas (ONU), destaca que:

Portanto, se a crítica a este desenvolvimento do Direito Penal Internacional dirige-se ao fato de que, de todas as maneiras, geraria um “Direito Penal mais autoritário do que o normal, legitimando a criação a nível nacional de uma legislação excepcional em matéria de terrorismo, luta contra a criminalidade organizada, narcotráfico, imigração ilegal, etc., que não respeita as garantias e os direitos fundamentais reconhecidos a nível constitucional e que constituem as bases do Direito Penal do Estado de Direito”, é necessário admitir que ela estaria, no máximo, justificada em relação a “como” cada Estado e sua própria dogmática entendem atualmente a política criminal e as garantias pessoais, mas não a “se” os fatos nelas

---

<sup>636</sup> ACUÑA, Jean Pierre Matus. A política criminal dos tratados internacionais. In: D`AVILA, Fabio Roberto (Org.). **Congresso Internacional em Direito Penal**. Direito penal e política criminal no terceiro milênio: perspectiva e tendências. Congresso Internacional em Direito Penal. Congresso Transdisciplinar de Estudos Criminais. Porto Alegre, 2009. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011. p. 145-166. p. 164.

<sup>637</sup> UNODC. **Oficina das Nações Unidas sobre Drogas e Crime** – seis programas globais. Disponível em: <<https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/frontpage/2011/05/10-la-oficina-de-naciones-unidas-contras-las-drogas-y-el-delito-se-dirige-a-los-ministros-del-g8-sobre-el-trafico-de-cocain>>. Acesso em: 21 ago. 2017.

compreendidos são merecedores de uma sanção penal mais ou menos uniforme no concerto das nações.<sup>638</sup>

No âmbito regional de proteção dos direitos humanos revela-se cogente a força normativa da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, ratificada pelo Brasil e promulgada pelo Decreto Lei nº 678/92, onde estabelece, em seu art. 5º, 6, que “[...] as penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados”<sup>639</sup>.

Cabe, nesse particular, repisar o que dito em relação à interpretação dada à função penal inserta no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Vale dizer: desde a perspectiva de prevenção especial positiva que orienta a função constitucional da pena, já tratada no item anterior (3.3.4 Integração e receptividade das leis), verificou-se que qualquer ingerência estatal com finalidade ressocializadora com projeção de emendar, reformar, tratar e corrigir o indivíduo reveste-se de chapada inconstitucionalidade. Posto isso, também para salvar o Decreto nº 678/92, impõe-se interpretá-lo conforme a Constituição, no que deve ser entendida a “readaptação dos condenados” como um programa mínimo de condições propiciadoras à reintegração do indivíduo na sociedade livre, arrostando-se o termo “reforma”.

Reveladas as funcionalidades preconizadas à pena no plano internacional e verificado qual o alcance de sua força normativa no ordenamento interno, tem-se que o âmbito de proteção da pena de prisão encontra no princípio da individualização da pena seu núcleo essencial e intransponível: o sistema progressivo como fator propiciador para a reintegração social do condenado na sociedade livre, em franca sintonia com dignidade da pessoa humana<sup>640</sup>.

Nesse sentido, parece que não há como descurar da força normativa supralegal estampada nos tratados que expressem direitos humanos, a fim de arrostá-los com fundamentos dos mais variados, desgarrando-se do sistema jurídico-normativo como um todo.

---

<sup>638</sup> ACUÑA, Jean Pierre Matus. A política criminal dos tratados internacionais. In: D`AVILA, Fabio Roberto (Org.). **Congresso Internacional em Direito Penal**. Direito penal e política criminal no terceiro milênio: perspectiva e tendências. Congresso Internacional em Direito Penal. Congresso Transdisciplinar de Estudos Criminais. Porto Alegre, 2009. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011. p. 145-166. p. 164.

<sup>639</sup> OEA. **Convenção Americana de Direitos Humanos** (Pacto de São José da Costa Rica). Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>. Acesso em: 22 jun. 2017.

<sup>640</sup> O tema foi devidamente desenvolvido nos itens 3.3.1 e 3.3.1.1, de modo que para lá deve se remeter o leitor.

Outro não é o entendimento expressado pelo então Ministro do STF, Cezar Peluso, quando da assentada de seu voto no HC nº 82.959-7, que declarou inconstitucional a impossibilidade de progressão de regime inserta no art. 2º, 1º, da Lei nº 8.072/90:

Acresça-se que o Pacto de São José da Costa Rica, promulgado pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, não só veda a submissão de qualquer pessoa a penas desumanas ou degradantes (art. 5, nº 2), como fixa os escopos que devem orientar a disciplina legal e a execução das penas privativas de liberdade, verbis: “As penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.” (Art. 5, nº 6). Independentemente do grau hierárquico que na escala nomológica se atribua aos dispositivos oriundos de tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil – refiro-me ao significado do disposto no § 2º do art. 5º da Constituição Federal –, o fato é que a norma é posterior à Lei nº 8.072/90 e se mostra de todo incompatível com seu art. 1º, § 1º, em sendo evidente que a proibição da progressão de regime impede a reforma e a readaptação social dos condenados. É bom não esquecer ainda que a Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210/84), no art. 1º, estatui que “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.<sup>641</sup> [Grifo nosso].

No mesmo sentido, Alberto Zacharias Toron<sup>642</sup>, tratando da lei de crimes hediondos, acentua que a indigitada lei reforça a função de retribuição fora dos marcos da proporcionalidade e coloca-se em confronto com o Pacto de São José da Costa Rica, eliminado por inteiro a prevenção positiva ao se expungir o sistema progressivo. Com efeito, prestigiou-se a prisão com efeito neutralizador. Descrendo-se da tarefa de ressocializar, promove-se a única coisa aparentemente certa: enquanto preso, o apenado não ameaça os bens juridicamente protegidos e, finalmente, preserva-se a paz social.

### 3.3.4.3 Direito comparado

Indo ao direito comparado, verifica-se que muitos países se posicionaram por expressar uma função prioritária da pena em suas próprias Constituições, de modo a lhes dar força e supremacia normativa.

Bem por isso informa Salo de Carvalho que:

<sup>641</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HABEAS CORPUS 82.959-7**, São Paulo. Relator para o Acórdão, Ministro Marco Aurélio de Mello. 23.02.2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/noticias/imprensa/VotoGilmarHC82959.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

<sup>642</sup> TORON, Alberto Zacharias. **Crimes hediondos**: o mito da repressão penal: um estudo sobre o recente percurso da legislação brasileira e as teorias da pena. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 67.

Nos países ocidentais democráticos, sobretudo nos de tradição jurídica romano-germânica, a ideia de individualização está indissociavelmente coligada às funções da pena. Na Constituição espanhola “*as penas privativas de liberdade e as medidas de segurança são orientadas à reeducação e à reinserção social e não poderão consistir em trabalhos forçados*” (art.25,2). A Constituição italiana estabelece que “*as penas não poderão consistir em tratamento contrário ao sentido da humanidade e devem ser orientadas à reeducação do condenado*” (art.27). No mesmo sentido o art. 5º, 6, do Pacto de São José da Costa Rica (Decreto n.678/92): “*as penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados*”. Em Portugal, embora o princípio da individualização da pena não seja explícito, é possível perceber seu desdobramento a partir do sentido geral de delimitação temporal das sanções criminais, previsto no art.30, 1: “*não pode a haver penas nem medidas de segurança de caráter perpétuo ou de duração ilimitada ou indefinida*”.<sup>643</sup> [Grifo no original].

Repisa-se: este é o caso da Constituição Italiana: “[...] as penas não poderão consistir em tratamento contrário ao sentido de humanidade e devem ser orientadas à reeducação do condenado” (art. 27)<sup>644</sup>.

A Constituição espanhola admoesta que “[...] as penas privativas de liberdade e as medidas de segurança são orientadas à reeducação e à reinserção social e não poderão consistir em trabalhos forçados” (art. 25, 2)<sup>645</sup>.

Roberto Bergalli comenta a inserção das funções penais nos textos espanhol e italiano:

*En efecto, si se observan los principios que orientan el fin de las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad, establecidos por ejemplo en la Constitución española (Art. 25.2), se constata que tales consecuencias jurídicas estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social (algo semejante establece la Costituzione della Repubblica Italiana – Art. 27.3 – Le pene ...devano tendere alia rieducazione del condannato). Como es posible advertir, entonces, la filosofía punitiva de los Estados sociales aparece guiada por un fin de prevención especial positiva, cual es el de la resocialización y ello ha pretendido ser así a pesar que el contenido primero de toda privación de libertad sea punitivo, histórica y conceptualmente analizado. La pena se piensa, entonces, como prevención de futuras recaídas y, asimismo, como protección de bienes jurídicos (Mir Puig 1980:*

<sup>643</sup> Não menos verdade que o autor advoga conhecida posição pela abstenção funcional da pena no tocante à Constituição brasileira, como se observa da análise acerca da individualização da pena: “No Brasil, conforme exposto anteriormente, a ordem constitucional abdicou de atribuir qualquer sentido positivo (fundamentador) à sanção penal. No entanto, criou uma rígida cadeia de princípios limitativos dentre os quais preponderam os princípios da pessoalidade, da individualização e da humanidade das penas, cenário que permite afirmar uma orientação político-criminal redutora (política de redução de danos)”. CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 267-268.

<sup>644</sup> ITÁLIA. **Constituição italiana**. Disponível em: <<http://www.quirinale.it/qrnw/costituzione/pdf/costituzione.pdf>>. Acesso em: 21 ago. 2017.

<sup>645</sup> ESPANHA. **Constituição espanhola**. Disponível em: <<http://www.boe.es/boe/dias/1978/12/29/pdfs/A29313-29424.pdf>>. Acesso em: 21 ago. 2017.

21-25), todo lo cual descuenta unas formas de intervención penitenciaria que actúen sobre las carencias o dificultades que pueda revelar el condenado.<sup>646</sup>

Sucedo que a postura constitucional italiana e espanhola de eleger prioritariamente a prevenção penal positiva como função da pena, ao longo das últimas décadas, muito afetadas pelo fenômeno do crescimento da população carcerária no entorno europeu, é confrontada com a elevada carga retributiva que verdadeiramente traduz a pena privativa de liberdade, bem como com a duvidosa eficácia dos programas de tratamento<sup>647</sup>.

Voltando-se ao continente americano, observa-se que a Constituição boliviana determina que:

*Artículo 74 I. Es responsabilidad del Estado la reinserción social de las personas privadas de libertad, el respeto de sus derechos humanos, y su retención y custodia en un ambiente adecuado, de acuerdo a la clasificación, naturaleza y gravedad del delito, así como la edad y el sexo de las personas retenidas. II. Las personas privadas de libertad tendrán la oportunidad de trabajar o estudiar en los centros penitenciarios.*<sup>648</sup>

Já a Constituição equatoriana traz a seguinte redação:

*Art. 201 – El sistema de rehabilitación social tendrá como finalidad la rehabilitación integral de las personas sentenciadas penalmente para reinsertarlas en la sociedad, así como la protección de las personas privadas de libertad y la garantía de sus derechos. El sistema tendrá como prioridad el desarrollo de las capacidades de las personas sentenciadas penalmente para ejercer sus derechos y cumplir sus responsabilidades al recuperar la libertad.*<sup>649</sup>

A Constituição de El Salvador assim dispõe: “Art. 27, 3 – El Estado organizará los centros penitenciarios con objeto de corregir a los delincuentes, educarlos y formarles hábitos de trabajo, procurando su readaptación y la prevención de los delitos”<sup>650</sup>.

<sup>646</sup> BERGALLI, Roberto. Las funciones del sistema penal en el estado constitucional de derecho, social y democrático: perspectivas socio-jurídicas. In: \_\_\_\_\_ (Coord.). **Sistema penal y problemas sociales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003. p. 54-78. p. 55.

<sup>647</sup> Ibid., p. 56.

<sup>648</sup> BOLÍVIA. **Constituição boliviana**. Disponível em: <[https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion\\_Bolivia.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf)>. Acesso em: 21 ago. 2017.

<sup>649</sup> EQUADOR. **Constituição equatoriana**. Disponível em: <[http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4\\_ecu\\_const.pdf](http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf)>. Acesso em: 21 ago. 2017.

<sup>650</sup> EL SALVADOR. **Constituição de El Salvador**. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/mla/Pt/slv/index.html>>. Acesso em: 21 ago. 2017.

A Constituição da Guatemala versa sobre a funcionalidade da pena da seguinte forma: “*ARTICULO 19. – Sistema penitenciario. El sistema penitenciario debe tender a la readaptación social y a la reeducación de los reclusos y cumplir en el tratamiento de los mismos, con las siguientes normas mínimas[...]*”<sup>651</sup>.

A Carta mexicana informa, no art. 18, que:

*El sistema penitenciario se organizará sobre la base del respeto a los derechos humanos, del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley [...].*<sup>652</sup>

A Constituição da Nicarágua também afirma a função prioritária da pena:

*Art. 39. [Carácter humanitario de las penas] En Nicaragua, el sistema penitenciario es humanitario y tiene como objetivo fundamental la transformación del interno para reintegrarlo a la sociedad. Por medio del sistema progresivo promueve la unidad familiar, la salud, la superación educativa, cultural y la ocupación productiva con remuneración salarial para el interno. Las penas tienen un carácter reeducativo.*<sup>653</sup>

Em sentido semelhante é o texto constitucional panamenho:

*ARTICULO 28. El sistema penitenciario se funda en principios de seguridad, rehabilitación y defensa social. Se prohíbe la aplicación de medidas que lesionen la integridad física, mental o moral de los detenidos. Se establecerá la capacitación de los detenidos en oficios que les permitan reincorporarse útilmente a la sociedad.*<sup>654</sup>

---

<sup>651</sup> GUATEMALA. **Constituição da Guatemala.** Disponível em: <[https://es.wikisource.org/wiki/Constituci%C3%B3n\\_de\\_Guatemala](https://es.wikisource.org/wiki/Constituci%C3%B3n_de_Guatemala)>. Acesso em: 21 ago. 2017.

<sup>652</sup> MÉXICO. **Constituição do México.** Disponível em: <[https://pt.wikipedia.org/wiki/Constitui%C3%A7%C3%A3o\\_do\\_M%C3%A9xico](https://pt.wikipedia.org/wiki/Constitui%C3%A7%C3%A3o_do_M%C3%A9xico)>. Acesso em: 21 ago. 2017.

<sup>653</sup> NICARÁGUA. **Constituição da Nicarágua.** Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/mla/pt/nic/index.html>>. Acesso em: 21 ago. 2017.

<sup>654</sup> PANAMÁ. **Constituição do Panamá.** Disponível em: <<https://www.oas.org/juridico/MLA/pt/pan/index.html>>. Acesso em: 21 ago. 2017.



A Constituição do Paraguai versa que “[...] *las penas privativas de libertad tendrán por objeto la readaptación de los condenados y la protección de la sociedad*” (Artículo 20 – DEL OBJETO DE LAS PENAS)<sup>655</sup>.

Este também o sentido expressado pela Constituição peruana: “*El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad*” (art. 139.22)<sup>656</sup>.

A Constituição do Uruguai sustenta que “ [...] *en ningún caso se permitirá que las cárceles sirvan para mortificar, y sí sólo para asegurar a los procesados y penados, persiguiendo su reeducación, la aptitud para el trabajo y la profilaxis del delito*” (art. 26)<sup>657</sup>.

Por fim, o texto constitucional venezuelano, além de apontar a finalidade prioritária da pena, também o faz em relação ao seu regime de cumprimento:

*Artículo 272. El Estado garantizará un sistema penitenciario que asegure la rehabilitación del interno o interna y el respeto a sus derechos humanos. Para ello, los establecimientos penitenciarios contarán con espacios para el trabajo, el estudio, el deporte y la recreación, funcionarán bajo la dirección de penitenciaristas profesionales con credenciales académicas universitarias, y se regirán por una administración descentralizada, a cargo de los gobiernos estatales o municipales, pudiendo ser sometidos a modalidades de privatización. En general, deberá preferirse en ellos el régimen abierto y el carácter de colonias agrícolas penitenciarias. En todo caso las fórmulas de cumplimiento de penas no privativas de la libertad se aplicarán con preferencia a las medidas de naturaleza reclusoria. El Estado creará las instituciones indispensables para la asistencia postpenitenciaria que posibilite la reinserción social del exinterno o exinterna y propiciará la creación de un ente penitenciario con carácter autónomo y con personal exclusivamente técnico.*<sup>658</sup> [Grifo nosso].

### 3.3.5 A hermenêutica (penal) constitucional: supremacia da norma constitucional e força normativa do texto constitucional

Uma das grandes transformações ocorridas durante o século XX deu-se no campo jurisdição constitucional: a norma constitucional passou a ter *status* de norma jurídica. Nesse

<sup>655</sup> PARAGUAI. **Constituição do Paraguai.** Disponível em: <[https://pt.wikipedia.org/wiki/Constitui%C3%A7%C3%A3o\\_do\\_Paraguai](https://pt.wikipedia.org/wiki/Constitui%C3%A7%C3%A3o_do_Paraguai)>. Acesso em: 21 ago. 2017.

<sup>656</sup> PERU. **Constituição do Peru.** Disponível em: <<http://www.minsa.gob.pe/renhice/documentos/constitution.pdf>>. Acesso em: 21 ago. 2017.

<sup>657</sup> URUGUAI. **Constituição do Uruguai.** Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/MLA/pt/ury/index.html>>. Acesso em: 21 ago. 2017.

<sup>658</sup> VENEZUELA. **Constituição da Venezuela.** Disponível em: <[https://www.oas.org/juridico/mla/sp/ven/sp\\_ven-int-const.html](https://www.oas.org/juridico/mla/sp/ven/sp_ven-int-const.html)>. Acesso em: 21 ago. 2017.

momento, superava-se o sistema que vigorou na Europa até meados do século XIX, em que a Constituição era vista como um documento eminentemente político, uma carta de intenções convidando à atuação dos Poderes Públicos. A materialização de suas propostas ficava indissociavelmente condicionada ao alvedrio do legislador ou à discricionariedade do administrador. Ao Judiciário não se observava nenhum papel significativo na realização do conteúdo da Constituição<sup>659</sup>.

É desse contexto que a supremacia da Constituição é alçada a princípio estruturante do ordenamento jurídico. Como consequência, nenhuma lei ou ato normativo – *a rigor, nenhum ato jurídico* – poderá subsistir higidamente se se revelar incompatível com a Carta Constitucional. Para assegurar sua supremacia, a ordem jurídica instituiu um conjunto de medidas destinadas a invalidar e/ou paralisar a eficácia dos atos que se ponham contra a Constituição, denominados de controle de constitucionalidade. Logo, aliado ao fato de a Constituição encontrar-se hierarquicamente acima das leis, existe um sistema de fiscalização judicial da validade das leis e atos normativos em geral<sup>660</sup>.

Em Hans Kelsen encontra-se o mais acabado conceito de constituição jurídica, cujo elemento central – que atribui supremacia ao texto constitucional – é precisamente sua estrutura escalonada. Melhor explicando: “[...] a ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, subscritas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas”<sup>661</sup>.

Konrad Hesse traz à baila o conceito de força normativa da Constituição, no que condiciona sua força jurídica da realidade histórica, de modo a conformar a realidade política e social. Mais que isso, a Constituição se torna força ativa para a transformação social, e quanto mais forte mostra-se a convicção de seu valor, mais efetiva será sua força e sua inviolabilidade<sup>662</sup>. Daí porque Konrad Hesse distingue seu conceito de Ferdinand Lassalle<sup>663</sup>,

---

<sup>659</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 262.

<sup>660</sup> Ibid., p. 299.

<sup>661</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 155.

<sup>662</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 25.

<sup>663</sup> Para uma análise do conceito sociológico de Constituição ver em A Essência da Constituição. LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Tradução de Walter Stonner. Revisão de Luzia Ferreira de Souza. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

justo por entender que a Constituição não se presta a ser uma mera folha de papel a serviço dos fatores reais do poder<sup>664</sup>.

O direito constitucional deve explicitar as condições sob as quais as normas constitucionais podem adquirir maior eficácia possível, propiciando, assim, o desenvolvimento da dogmática e da interpretação constitucional. Portanto, compete ao direito constitucional, realçar, despertar e preservar a vontade da Constituição (*wille zur Verfassung*), que, indubitavelmente, constitui a maior garantia de sua força normativa. Essa orientação torna imperiosa a assunção de uma visão crítica pelo direito constitucional, pois nada seria mais perigoso do que permitir o surgimento de ilusões sobre questões fundamentais para a vida do Estado<sup>665</sup>.

Em outras palavras, na medida em que o direito vigente se revela insuficiente para determinar a forma precisa *de um estado de coisas*, o juiz acaba por decidir segundo seu próprio arbítrio. É nesse momento em que essa margem de discricionariedade ou liberdade ganha conotação de arbítrio, “[...] através de preferências não fundamentáveis juridicamente às vezes orienta suas decisões por padrões morais, que não são mais cobertos pela autoridade do direito”<sup>666</sup>.

Diz Salo de Carvalho, a esse respeito que:

Um dos indicativos da exaustão dos metadiscursos é a ausência, no *mainstream* jurídico-criminológico, de um sistema (unitário ou eclético) razoavelmente consensual de explicação ou de justificação da pena. Em decorrência da exaustão dos discursos, presencia-se na atualidade a coexistência de enorme variedade de teorias, servidas à la carte ao público consumidor do sistema penal conforme sua opção político-criminal, com especial destaque e relevância aos discursos autoritários neoconservadores que efetivam o atual cenário punitivista.<sup>667</sup>

Conforme se observa do plano integrativo das normas constitucionais, tanto a Lei de Execuções Penais (recepcionada), quanto as Convenções Internacionais (integradas) revestem-se de existência e validade. Entrementes, após observar que as funções penais eleitas pelo constituinte originário, seja no plano supralegal, seja no plano legal, não atendem

<sup>664</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 25.

<sup>665</sup> Ibid., p. 27.

<sup>666</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I. p. 251.

<sup>667</sup> CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 105.

ao que preconizado, pode-se concluir que as indigitadas normativas não são dotadas de eficácia, justo porque a função da pena – não emanada de expressa previsão constitucional – carece de força normativa<sup>668</sup>.

Salo de Carvalho mais uma vez lembra que os paradoxos existentes entre a efetividade dos distintos níveis de normatização constitucional (normas criminalizadoras e normas de intervenção econômica, social, cultural, ambiental) revelam as múltiplas e incontáveis facetas do dirigismo constitucional brasileiro, fornecendo recursos para que se possa afirmar a impossibilidade de entender a Constituição de 1988 como unidade harmônica e coerente<sup>669</sup>.

Ocorre que existe tendência muito forte, e desde determinado ponto de vista absolutamente justificada, de crítica à ineficácia das normas constitucionais. No entanto, não invariavelmente essa apreciação recai aos dispositivos relativos aos direitos sociais e transindividuais, isto é, em relação aos direitos próprios do *Welfare State*. Em decorrência do exposto, atribuir inefetividade das normas constitucionais pressupõe, no mínimo, identificar o conjunto normativo, dos inúmeros existentes na Constituição, que é objeto de investigação<sup>670</sup>.

A despeito de colimar-se posição diversa do autor no plano funcional da pena, sua linha argumentativa – em ordem a justificar a ineficácia das normas constitucionais no campo da tutela penal – em nada obstrui o que defendido acerca da função constitucional da pena de prisão. Pelo contrário: ao se contornar hermeneuticamente o absentismo do constituinte originário, na linha do que exposto até aqui, não apenas se concorda com o plano punitivista praticado alheio à conformação constitucional, como se reforça que a falta de taxatividade funcional da pena no texto de 1988, se não provoca, ao menos corrobora para legitimar um estado de coisas inconstitucionais na execução penal brasileira.

---

<sup>668</sup> Norberto Bobbio não tergiversa ao distinguir os conceitos de justiça, validade e eficácia: “O problema da justiça dá lugar a todas aquelas investigações que visam elucidar os valores supremos a que tende o direito, em outras palavras, os fins sociais, cujo instrumento mais adequado de realização são os ordenamentos jurídicos, com seus conjuntos de leis, de instituições e de órgãos. Nasce daí a filosofia do direito como teoria da justiça. O problema da validade constitui o núcleo das investigações que pretendem determinar em que consiste o direito enquanto regra obrigatória e coativa, quais são as características peculiares do ordenamento jurídico que o distinguem dos outros ordenamentos normativos (como o moral), e portanto, não os fins que devem ser realizados, mas os meios cogitados para realizar esses fins, ou o direito como instrumento de realização da justiça. Daí nasce a Filosofia do Direito como Teoria Geral do Direito. O problema da eficácia nos leva ao terreno da aplicação das normas jurídicas, que é o terreno dos comportamentos efetivos dos homens que vivem em sociedade, dos seus interesses contrastantes, das ações e reações frente à autoridade, dando lugar às investigações em torno da vida do direito, na sua origem, no seu desenvolvimento, na sua modificação, investigações estas que normalmente são conexas a indagações de caráter histórico e sociológico. Daí nasce aquele aspecto da filosofia do direito que conflui para a sociologia jurídica.” BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru, SP: Edipro, 2001. p. 46-47.

<sup>669</sup> CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 188.

<sup>670</sup> *Ibid.*, p. 188.

Por outro lado, não se desconhece que eventual força normativa do direito constitucional deve “[...] preservar, modestamente, a consciência de seus limites”. É dizer, para que se efetive seus comandos, há de se ter uma íntima conexão feita pelos valores emanados da *normatividade e a vinculação do direito com a realidade*<sup>671</sup>.

Importa, sob essa perspectiva, ter em mente que a força normativa da função constitucional da pena de prisão, seja ela implícita ou explícita, não vigora sem que seja concebida como um verdadeiro direito subjetivo do apenado, na medida em que reconhecida como garantia/direito fundamental que é, sob pena de restar apenas estabelecida como uma carta de intenções, ou, como se refere Borja Mapelli Caffarena, “[...] uma mera declaração de boa vontade elevada à categoria constitucional”<sup>672</sup>.

Bem a propósito, adverte Inãki Rivera Beiras que o Tribunal Constitucional Espanhol já, de longa data, assinalara que o preceito ressocializador encartado no art. 25.2 da indigitada Constituição não constitui um direito fundamental da pessoa reclusa, mas um mandado do constituinte ao legislador para orientar a política penal e penitenciária, não se derivando em direitos subjetivos, ainda que sirva de parâmetro para dirimir as controvérsias sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade das leis penais<sup>673</sup>.

Com efeito, tem-se que no campo constitucional não há (ou não deveria haver) espaço para dúvidas sobre a função constitucional da pena de prisão.

Conforme averiguado no item precedente, há ordenamentos jurídicos que não apenas estabelecem as prioridades funcionais para a pena, como as expressam no ápice de suas cadeias normativas.

Dessa feita, compreende-se que tal medida se alinha com a ideia de dotar de força normativa o enunciado linguístico e, ao constitucionalizar os fins prioritários da pena, impingir de supremacia a norma constitucional.

---

<sup>671</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 26.

<sup>672</sup> Recorda Mapelli Caffarena que, com o advento da Constituição Espanhola de 1978, a finalidade penal ressocializadora elevou-se à categoria de direito fundamental, de modo a ser tratada como verdadeiro direito subjetivo do apenado. In verbis: “*Hacia ya años que la doctrina venía sosteniendo que la orientación resocializadora de las penas privativas de libertad, ao encontrarse entre los derechos fundamentales en la constitución, traducían una voluntad del constituyente que transpasaba la mera voluntad ‘declarativa’ de semejante orientación y, en lugar de tratarse de una simple formalidade, dicha voluntad apuntaba al reconocimiento de un verdadero derecho subjetivo del penado que obligase a la Administración a través de los tribunales de justicia.*” MAPELLI CAFFARENA, Borja. **Principios fundamentales del sistema penitenciario español**. Barcelona: Bosch, 1983. p. 87.

<sup>673</sup> RIVERA BEIRAS, Inãki. **La devolución de los derechos fundamentales de los reclusos: la construcción de un ciudadano de segunda categoría**. Barcelona: José Maria Bosch, 1997. p. 319.

Esse entendimento, ademais, é objeto de recomendação dos organismos internacionais, tal qual se verifica quando da análise do informe da CIDH de 2011, acerca das pessoas privadas de liberdade nas Américas, no que se evidencia um número significativo de países que confirmaram, em resposta ao questionário, a efetivação constitucional da função da pena de prisão.

Na prática, ante a ausência de uma função expressada pelo texto constitucional brasileiro, prevalece uma amálgama de decisões judiciais, legislações e gestões administrativo-penitenciárias – sejam de contornos políticos, ou jurídicos – que se alastram sem um parâmetro normativo superior na perfunctória rotina carcerária brasileira<sup>674</sup>.

### 3.4 REFORMA LEGISLATIVA: A (IN)VIABILIDADE DE SEDIMENTAR, NO ÂMBITO CONSTITUCIONAL, A FINALIDADE PRECÍPUA DA PENA DE PRISÃO

Viu-se que o constituinte originário, em seu processo de elaboração do texto de 1988, por diversas vezes postulou sedimentar um fim prioritário à pena, desde que em sintonia com os princípios que norteiam os direitos fundamentais e a ordem social.

De fato, a reforma do texto constitucional, por meio de emenda, no campo dos direitos individuais, para se revestir de higidez, não pode conduzir a abolição de direitos, dada sua natureza pétrea<sup>675</sup>.

Lado outro, eventual emenda que venha garantir mais efetividade aos direitos fundamentais, bem assim enfatizar – analiticamente que é – a supremacia e a força normativa do texto constitucional, parece não apenas apta a superar o controle de constitucionalidade<sup>676</sup> como altamente desejável<sup>677</sup>.

<sup>674</sup> Habermas, citando Hart, compreende que a penúria interpretativa das normas jurídicas é consequência da “estrutura aberta das linguagens naturais”, enveredando-se para conclusões decisionistas. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I. p. 251.

<sup>675</sup> Reza o art. 60, §4º, da CF/88: “[...] § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV – os direitos e garantias individuais.” BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 15 mar. 2017.

<sup>676</sup> A EC 45/04, a despeito de não acrescentar alteração no próprio corpo de inciso de artigo, acrescentou inciso LXXVIII ao art.5º, bem como os parágrafos 3º e 4º no plano dos direitos e garantias fundamentais. Ibid.

<sup>677</sup> Em sentido diverso encontra-se a posição de Anabela Rodrigues, que, a despeito de sustentar a finalidade da pena através da interpretação constitucional, não significaria isto qualquer “[...] rígida tomada de posição da nossa atual Constituição, quanto à matéria, o que se nos afigura ser uma posição correta por parte do

Esse parece ser o caso, pensa-se, de emendar o art. 5º, inciso LXVII da CF, notadamente para acrescentar um fim prioritário à pena de prisão no âmbito da individualização da pena, alçando-a – dada sua relevância – ao campo das matérias afetas à reserva de Constituição<sup>678</sup>.

Dáí porque, uma vez previsto um fim prioritário ou valor fundante à pena no âmbito do texto constitucional, passaria a pena, especialmente a de prisão, a ser dotada de supremacia e força normativa constitucional, qualificando-se como vetor orientativo às políticas criminais.

Anabela Rodrigues, ao eleger a reinserção social como a finalidade prioritária do cumprimento da execução penal a erige em valor fundante ou primado do sistema. Com efeito, tal finalidade torna-se o objetivo fundamental da execução penal e, mais do que isso, permite efetivar um coerente controle de constitucionalidade dos atos praticados nessa seara<sup>679</sup>.

Militar em favor de uma reforma no campo constitucional da individualização da pena (art.5º, inciso XLVI) corresponde precisamente em “[...] tornar visível a teoria dos fins da pena, como a motivação político-criminal do legislador, que deve orientar a interpretação”<sup>680</sup>.

Cabe registrar que tal contorno legislativo não é novidade nos textos constitucionais comparados, conforme se observou no item 3.3.4.3.

Na prática, a mingua de previsão no texto constitucional de uma função prioritária à pena implica consequências deslegitimadoras do regramento legal e internacional, instituindo o pressuposto necessário para a inserção de um direito penal simbólico<sup>681</sup> e, naturalmente, o comando discricionário de práticas expansionistas do sistema penal, que opera sua força em todo seu campo científico.

legislador constitucional”. RODRIGUES, Anabela de Miranda. **A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade**: seu fundamento e âmbito. São Paulo: IBCCRIM, 1999. p. 67.

<sup>678</sup> Para o tema o leitor deve se reportar ao tópico 3.5 deste capítulo.

<sup>679</sup> Para o tema ver Anabela de Miranda Rodrigues. RODRIGUES, Anabela de Miranda. **A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade**: seu fundamento e âmbito. São Paulo: IBCCRIM, 1999. p. 148-162. Vale registrar que a autora não se desgarra completamente de uma visão de reinserção social com viés terapêutico, denominado por ela de “terapia social emancipadora”. *Ibid.*, p. 114.

<sup>680</sup> ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 93.

<sup>681</sup> Uma função simbólica da pena, explica Hassemer, “[...] *no debiera apoyarse en elementos de disposición como los objetivos o las intenciones del legislador. Estos elementos presentan sus problemas especípicos de aplicación, conocidos por la doctrina del método subjetivo-histórico de interpretación de las leyes: la mayor parte de las veces el legislador guarda silencio acerca de sus intenciones, frecuentemente las encubre y generalmente ni si quieta a éste le resultan excesivamente claras; especialmente en casos de leyes de compromiso o en prescripciones que contienen distintos mandatos morales*”. HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. In: RAMIREZ, Juan Bústos (Org.). **Pena y estado**: función simbólica de la pena. Santiago do Chile: Editorial Jurídica Cono Sur Ltda., 1995. p. 23-36. p. 29.

Bem por isso, a ausência de um paradigma constitucional à função da pena sintetiza a desorientação dos poderes constituídos no processo de controle social: vê-se um Legislativo produzindo legislações absolutamente antagônicas, um Judiciário que gravita em torno da aplicação da pena-castigo e um Executivo centralizando suas ações na amorfa neutralização da pena de prisão.

Não por outra razão, essa ampla margem de liberdade no campo de penar, sendo pelo castigo, neutralização, intimidação, restabelecimento da ordem jurídica, reforma ou reintegração indivíduo, concorre para a própria neutralização das funções preconizadas à pena, na esteira do ensinamento de Thierry Pech<sup>682</sup>.

Nesse sentido, e exclusivamente sob esse entendimento, a neutralização da pena revela um involuntário agnosticismo penal. É dizer, não pelo que se propõe a teorizar – tendo a pena como instrumento exclusivo de redução de danos – senão como a perda de suas funções ante a discricionariedade e disjuntividade de sua aplicação.

Cabe registrar que uma eventual constitucionalização dos fins prioritários da pena inegavelmente deve se propor a reduzir danos, ínsito que é ao axioma que fundamenta o Estado de Direito: a dignidade da pessoa humana. Nem por isso concorda-se que reduzir danos está desligado do sentido de finalidade. Em verdade, trata-se de uma finalidade constitucional e, precisamente, harmoniza-se com a prevenção de crimes pela via prioritária de reintegrar os indivíduos na sociedade livre e à proteção dos bens mais relevantes dessa mesma sociedade.

Com efeito, uma função constitucional que previna crimes, consubstanciada numa verdadeira programação que possibilite reintegrar os indivíduos na sociedade livre, deve se posicionar pela excepcionalidade da pena de prisão, o que não se confunde com o seu dever de, legitimada que é, garantir que sua utilização se oriente pelo cumprimento prioritário da função constitucional da pena.

É de se ver ainda que a Comissão sobre Prevenção ao Crime e Justiça Criminal da ONU, na vigésima quarta sessão, em Viena, entre 18 e 22 de maio de 2015, item 6 da Agenda, apresenta e publiciza as Regras de Mandela, estabelecendo, entre suas prioridades:

---

<sup>682</sup> PECH, Thierry. Neutralizar a pena. In: GARAPON, Antoine; GROS, Frédéric; PECH, Thierry. **Punir em democracia: e a justiça será.** Lisboa: Instituto Piaget, 2001. p. 140-166.



15. Solicita ao Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime assegurar a ampla disseminação das Regras de Mandela, elaborar material de orientação e providenciar assistência técnica e consultoria aos Estados-Membros na área de reforma penal, de forma a desenvolver e fortalecer a legislação, os procedimentos, as políticas e práticas penitenciárias de acordo com as Regras.<sup>683</sup> [Grifo nosso].

Pelo exposto, prospectar uma reforma como proposta neste estudo não importa em tê-la como a panaceia de todas as mazelas que pairam sobre a questão prisional brasileira. Entretanto, uma postura lúcida acerca da efetividade da tal medida, que em nada se traduz em ingenuidade, qualifica-se como instrumento direto de parametricidade constitucional<sup>684</sup>.

Dito de outra maneira, a simples inserção expressa da função da pena no texto constitucional não supera uma cultura popular de pena como produção de castigo. Todavia, reforça as estruturas democráticas que fundamentam o Estado de Direito com um instrumento de controle apto a coarctar – pelo controle de constitucionalidade – as normas, administrativas, legislativas e judiciais, bem como as próprias decisões judiciais que estiverem em manifesta oposição a esse valor<sup>685</sup>.

Nos textos constitucionais comparados, observa-se que grande parte dos países latino-americanos preconiza que a função da pena, guardadas suas peculiaridades, seja orientada pela prevenção de crimes, marcadamente por intentos de reintegração social dos condenados.

Chama especial atenção – e aqui concide com o que se pensa – que a Constituição da Venezuela, ao tempo em que expressa a função da pena de prisão por meio de condições que propiciem a reintegração social do condenado à sociedade livre, adverte que seu uso deve ser

<sup>683</sup> ONU. **Nelson Mandela rules.** Disponível em: <<http://ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/NelsonMandelaRules.pdf>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

<sup>684</sup> Entende-se que extrair diretamente do texto constitucional a função da pena permite um controle mais efetivo e cogente. Sem embargo, é inegável que o parâmetro de controle das normas constitucionais não se restringem ao texto positivado. Este, de resto, é entedimento dominante na doutrina constitucional, que pode ser resumido na lição de Canotilho: “[...] o programa normativo-constitucional não se pode reduzir, de forma positivística, ao texto da constituição. Há que densificar, em profundidade, as normas e princípios da constituição, alargando o bloco da constitucionalidade a princípios não escritos, mas ainda reconduzíveis ao programa normativo-constitucional, como formas de densificação ou revelação específicas de princípios ou regras constitucionais positivamente plasmadas”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 981-982.

<sup>685</sup> É bom advertir, por franqueza argumentativa, amparado na doutrina estrangeira, que mesmo os textos constitucionais que dispõem sobre a finalidade precípua da pena encontram resistência para ter seus comandos constitucionais efetivados. Na Espanha, como lembra Rivera Beiras, o próprio Tribunal Constitucional relativizou a força normativa do art. 25.2 que dispõe que “[...] as penas privativas de liberdade são orientadas à reeducação e à reinserção social do condenado”, esvaziando em larga medida seu conteúdo ao não considerar a finalidade penal eleita como direito fundamental. RIVERA BEIRAS, Iñaki. **La devolución de los derechos fundamentales de los reclusos**: la construcción de un ciudadano de segunda categoría. Barcelona: José Maria Bosch, 1997. p. 319.

subsidiário, de maneira a priorizar regimes mais brandos de execução da pena, bem como medidas alternativas à pena de prisão.

### 3.5 CONCLUSÕES PRELIMINARES

É passível de conclusão, a partir do organicismo hermenêutico praticado, que a função constitucional da pena é um postulado constitucional imanente, cujo âmbito de proteção é a tutela penal como garantia fundamental limitadora do arbítrio estatal, bem assim o seu limite de restrição à proteção de bens jurídicos encontra sua interseção no seu núcleo essencial e intransponível: o sistema progressivo da pena.

Esclarecendo de outro modo: se o núcleo essencial da individualização da pena é a garantia igualitária de acesso ao sistema progressivo de regimes penais, e que tal medida apenas se realiza se vocacionada à prevenção especial positiva de crimes – consubstanciada em uma política criminal programada para propiciar condições de retorno do indivíduo recluso à sociedade livre – qualquer medida tendente a obstaculizar esse desiderato constitucional atenta contra a própria função constitucional da pena.

Se, como visto, o núcleo essencial e intransponível do cumprimento da pena de prisão é por derivação do sistema progressivo a própria higidez da dignidade da pessoa humana, é de se admitir que qualquer pena projetada em fins retributivos, marcados pela vingança do Estado por meio do castigo, revela-se acintosa a esse conteúdo essencial.

Deve-se dizer mais: esse mesmo núcleo essencial não prescinde de se aproximar de finalidades inerentes à punição, sob pena de, ao se transformar num instrumento de redução de danos, aceitar a possibilidade da pena de prisão como mero mecanismo de segregação, por meio da custosa e falha neutralização disciplinar.

Alberto Silva Franco entoa coro no sentido de que o caráter humanitário do qual deve se revestir a pena de prisão vincula-se à percepção de que a pena deve se alinhar com os valores emanados de um sistema progressivo, sob pena de, ao deixar o detento neutralizado unicamente num regime fechado, não apenas transformar a finalidade da pena “[...] numa resposta estatal que paga o mal causado com outro mal, de igual ou superior intensidade [...]”

– elidindo qualquer função ressocializadora – como ataca diretamente o “mínimo ético que é exigível na execução penal”<sup>686</sup>.

Dentro desse processo exegético é interessante observar que as técnicas hermenêuticas, no desiderato de impregnar de força normativa o texto constitucional, postulam, em sede de controle da constitucionalidade, operabilidade desses valores consagrados pela Constituição, num verdadeiro apelo hermenêutico aos legisladores e governantes<sup>687</sup>.

Lado outro, ante a falta de previsão expressa de um fim prioritário como diretriz do processo de individualização da pena, não é incomum, senão rotina, viabilizar a execução da pena projetada numa cultura de retribuição pela via do castigo, como se pode observar, inclusive, de julgados da mais alta corte do País<sup>688</sup>.

---

<sup>686</sup> FRANCO, Alberto Silva et al. **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 35.

<sup>687</sup> Utilizando-se da técnica de apelo ao legislador, o STF assim se posicionou sobre as omissões Estatais em torno da questão carcerária: “[...] a legislação sobre execução penal atende aos direitos fundamentais dos sentenciados. No entanto, o plano legislativo está tão distante da realidade que sua concretização é absolutamente inviável. Apelo ao legislador para que avalie a possibilidade de reformular a execução penal e a legislação correlata, para: (i) reformular a legislação de execução penal, adequando-a à realidade, sem abrir mão de parâmetros rígidos de respeito aos direitos fundamentais; (ii) compatibilizar os estabelecimentos penais à atual realidade; (iii) impedir o contingenciamento do FUNPEN; (iv) facilitar a construção de unidades funcionalmente adequadas – pequenas, capilarizadas; (v) permitir o aproveitamento da mão de obra dos presos nas obras de civis em estabelecimentos penais; (vi) limitar o número máximo de presos por habitante, em cada unidade da federação, e revisar a escala penal, especialmente para o tráfico de pequenas quantidades de droga, para permitir o planejamento da gestão da massa carcerária e a destinação dos recursos necessários e suficientes para tanto, sob pena de responsabilidade dos administradores públicos; (vii) fomentar o trabalho e estudo do preso, mediante envolvimento de entidades que recebem recursos públicos, notadamente os serviços sociais autônomos; (viii) destinar as verbas decorrentes da prestação pecuniária para criação de postos de trabalho e estudo no sistema prisional. Decisão de caráter aditivo. Determinação que o Conselho Nacional de Justiça apresente: (i) projeto de estruturação do Cadastro Nacional de Presos, com etapas e prazos de implementação, devendo o banco de dados conter informações suficientes para identificar os mais próximos da progressão ou extinção da pena; (ii) relatório sobre a implantação das centrais de monitoração e penas alternativas, acompanhado, se for o caso, de projeto de medidas ulteriores para desenvolvimento dessas estruturas; (iii) projeto para reduzir ou eliminar o tempo de análise de progressões de regime ou outros benefícios que possam levar à liberdade; (iv) relatório deverá avaliar (a) a adoção de estabelecimentos penais alternativos; (b) o fomento à oferta de trabalho e o estudo para os sentenciados; (c) a facilitação da tarefa das unidades da Federação na obtenção e acompanhamento dos financiamentos com recursos do FUNPEN; (d) a adoção de melhorias da administração judiciária ligada à execução penal”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 641.320**, rel. min. Gilmar Mendes, j. 11-5-2016, P, DJE de 1º-8-2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11436372>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

<sup>688</sup> “A dosimetria da pena exige do julgador uma cuidadosa ponderação dos efeitos ético-sociais da sanção e das garantias constitucionais, especialmente a garantia da individualização do castigo. Em matéria penal, a necessidade de fundamentação das decisões judiciais tem na fixação da pena um dos seus momentos culminantes. Não há ilegalidade ou abuso de poder se, no trajeto da aplicação da pena, o julgador explicita os motivos de sua decisão. O inconformismo do impetrante com a análise das circunstâncias do crime não é suficiente para indicar a evidente falta de motivação ou de congruência dos fundamentos da pena afinal fixada”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RHC 95.778**, rel. min. Ayres Britto, j. 15-9-2009, 1ª T, DJE de 16-10-2009. Disponível em:

Com efeito, o composto normativo examinado, desde a legislação ordinária pátria, passando pelos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, bem assim pelas normativas não convencionais das quais o Brasil é signatário e pela abrangência do tema no direito comparado, pode assim ser resumidos:

No âmbito interno, aderiu-se, seguramente, à Lei de Execução Penal (art. 1º) e ao Código Penal (art. 59), recepcionados pela CF/88 com força de lei ordinária e de cuja interpretação conforme a Constituição se extrai que a pena de prisão deve prioritariamente prevenir crimes, proporcionando condições de reintegração social dos indivíduos sem descuidar da subsidiária da proteção dos bens jurídicos, tendo na culpabilidade seu pressuposto e limite sancionatório.

Repita-se: tanto a prevenção especial positiva, quanto a prevenção geral positiva, são compatíveis com a leitura principiológica do texto constitucional, mantendo sintonia, inclusive, com a interpretação dada à LEP (art. 1º) e ao CP (art. 59), bem como, de modo geral, com as premissas idealizadoras das reformas penais (conforme visto da exposição de motivos) que – ainda que não adote expressamente – acena para a teoria dialética de Claus Roxin<sup>689</sup>.

No âmbito externo, as normas convencionais – formalmente recebidas pelo ordenamento jurídico brasileiro – situam-se como normas supralegais, revestindo-se de existência e validade.

Como se observou, os tratados, pactos e convenções aderidas pelo Brasil comprometem-se em sua esmagadora maioria com a função de prevenção especial positiva. Alguns estatutos jurídicos internacionais, entretanto, em situações excepcionais, promovem finalidade prioritária de proteção de bens jurídicos, sem, contudo, inviabilizar eventual programa de reintegração social dos apenados.

---

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11436372>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

<sup>689</sup> Sintetizando a posição de Claus Roxin, Paulo Queiroz assim a descreve: “A conclusão de Roxin, é, pois, no sentido de que a pena tem por finalidade a proteção subsidiária e preventiva, tanto geral como individual, de bens jurídicos e de prestações estatais, por meio de um processo que salvasse a autonomia da personalidade e que esteja limitado pela medida da culpa. Finalmente quando da execução, a pena tem por fim a reintegração social do delinquente na comunidade. Mas, em respeito à garantia constitucional da autonomia da pessoa, é proibido um tratamento coercitivo que interfira com a estrutura da personalidade, mesmo que de eficácia ressocializante, razão pela qual seria inadmissível, por exemplo, a castração de delinquentes sexuais, como também a operação cerebral que transforme um desordeiro num manso e obediente sonhador, pois o Estado deve proteger o indivíduo através do direito penal e contra o direito penal.” QUEIROZ, Paulo. **Curso de direito penal**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2012. v. 1. p. 403.

Em tom de clareza: desde as reformas penais da década de 80 optou-se, de maneira geral nos países latino-americanos e em boa parte da Europa pela normatização da reintegração social do indivíduo recluso como função prioritária da pena.

Importante é a leitura dogmática extraída de Jorge Figueiredo Dias:

O programa político-criminal que, na sua extensão enorme, se consubstancia nas proposições conclusivas acabadas de enunciar decorre directamente, repete-se ainda uma vez, do art. 18.º-2 da CRP e foi coerentemente assumido pelo legislador penal português de 1995, que o precipitou nos nº 1 e 2 do art. 40 do CP. O nº 1 declara paradigmaticamente que “a aplicação de penas [...] visa à protecção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade”; e o nº 2 estatui, em termos “absolutos”, que “em caso algum a pena pode ultrapassar a medida da culpa”. É a confirmação plena, por parte de um texto legislativo, do percurso doutrinário que acaba de percorrer-se e das conclusões a que a prevenção é a finalidade legitimadora da pena, mas [...] a culpa desempenha uma função na determinação da medida da pena, não sendo exclusivamente seu pressuposto e seu limite máximo. A acusação de que uma disposição deste teor inscrita num CP excederia a competência de qualquer legislador, porque teria a singular pretensão de decidir da milenar controvérsia filosófico-doutrinal dos fins da pena, tem de ser repudiada como infundamentada. É ao legislador democraticamente legitimado e, entre nós, exclusivamente à AR (art. 165.º-1/c) da CRP) – que compete justamente vazar proposições de política criminal no modus da validade jurídica.<sup>690</sup>

Nos textos constitucionais comparados observa-se que grande parte dos países latino-americanos preconiza que a função da pena, guardadas suas peculiaridades, seja orientada pela prevenção de crimes, marcadamente por intentos de reintegração social dos condenados. Chama especial atenção – e aqui concide o que se pensa – que a Constituição da Venezuela, ao tempo em que expressa a função da pena de prisão por meio de condições que propiciem a reintegração social do condenado à sociedade livre, adverte que seu uso deve ser subsidiário, de maneira a priorizar regimes mais brandos de execução da pena, bem como medidas alternativas à pena de prisão.

---

<sup>690</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge. **Direito penal**. Parte geral. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra, 2012. t. I. p. 84-85.

## CONCLUSÃO

O processo histórico de transformação da pena de prisão em instrumento central de controle social pela via punitivista, revela, desde seu nascedouro, que os discursos que a legitimam se mascaram em práticas de exclusão, que terminam por serem viabilizadas na política criminal brasileira e, de maneira geral, latino-americana.

Desde os primeiros diplomas Constitucionais e legais que traduziam valores humanitários à pena de prisão, tal qual a Constituição Imperial de 1824 e o Código Criminal de 1830, já se revelava a distorção entre as funções penais anunciadas e aquelas operadas pelo sistema de Justiça Penal. Exemplo indissociável deste anacronismo cultural pode ser visto desde a primeira casa prisional construída em solo pátrio: a Casa de Correção do Rio de Janeiro, cujas premissas correcionalistas consagravam a prisão em pena por excelência e principal instrumento de controle social da Corte. Dito de outro modo, a prisão, a despeito de passar por uma transformação ideológica de valores (de um mero local provisório de custódia a espera da pena retributiva, para encampar pretensões utilitaristas de cunho reformista), sempre esteve incompatibilizada de cumprir suas funções em um ambiente culturalmente marcado pela exploração do latifúndio escravista e da subordinação ao capital internacional. Como dito alhures, diante desse cenário de inegável colidência cultural, a transformação funcional da pena neste contexto político-social – impregnada pela carga retributiva e de reafirmação dos valores dominantes – estava fadada ao fracasso.

Bem por isso, ao ingressar no vértice punitivo, analisado sob as normas jurídicas em vigência, atentou-se para a dicotomia entre o modelo formal preconizado e o modelo informal praticado. Com efeito, viu-se que, da latente função neutralizadora da pena, revestida de uma inoperante carga inocuidadora, propicia-se aos sujeitos do sistema prisional um flanco aberto para a metamorfose da disciplinarização, apta a conduzir o rumo da execução penal e, de quebra, produzir um novo e perigoso processo de criminalização, fortemente estabilizado em organizações criminosas que se expandem cotidianamente dentro e fora das prisões brasileiras.

Em verdade, a pena de prisão – operada que é na informalidade de práticas desgarradas das normas de regência – sequer trilha o convicto caminho da pena como função retributiva, ainda que desse processo de segregação disciplinar se aufira sofrimento, dor, violência e, por certo, castigo.

A partir do vértice hermêutico, objetivou-se confrontar com o texto constitucional de 1988 os principais déficits estruturais identificados no vértice punitivo, de maneira a compreender as razões que (des) legitimam o cumprimento da pena de prisão no Brasil.

Tanto da análise do processo histórico de elaboração da Constituição Federal de 1988, quanto da mera interpretação literal do texto, pode-se constatar que o constituinte originário não expressou a função constitucional da pena de prisão, tendo apenas acenado, de forma exemplificativa, para os mecanismos sancionadores.

Exsurge desse absenteísmo discutíveis posicionamentos quanto ao eventual agnosticismo funcional da pena que, ao perceber desse estudo, acabam por permitir que métodos informais de cumprimento da pena se legitimem e se justifiquem no cotidiano penitenciário nacional, numa verdadeira epopeia da eficácia invertida da pena.

É preciso ser dito que não apenas uma postura agnóstica à função penal legitima o modelo informal que orienta a política criminal, as decisões judiciais e a rotina carcerária nacional, mas também o uso indiscriminado de funções diacrônicas acaba por neutralizar as funções preconizadas pela legislação de regência e pelos diplomas internacionais.

Desde uma visão da inconstitucionalidade do caráter retributivo da pena, pondera-se por sanções realmente autônomas à prisão e prestigiadas por práticas construtivas de ações integradas pela e com a sociedade, de modo a viabilizar uma cultura de regimes penais alternativos à prisão, bem como medidas alternativas à tutela penal, sem perder de vista o reforço de discursos criminológicos que campeiem a ideia de realinhar a Política Criminal de tal sorte que a pena de prisão tenha sua aplicação restrita aos crimes com violência e grave ameaça.

Em verdade, essa projeção de valores da função constitucional da pena de prisão compromete-se com a ideia de seu uso excepcional e, logo, de seu intransferível caráter subsidiário.

Entretanto, a pena privativa de liberdade é uma realidade constitucional e dela deve-se extrair sua finalidade precípua: para além de acenar – subsidiado em método hermenêutico-constitucional – para as funções penais incompatíveis com a Carta Magna, a presente investigação destinou-se a verificar quais seriam, no campo integrativo das normas que compõem o ordenamento jurídico, as funções penais constitucionalmente híidas e aptas a serem inseridas, em possível reforma, no bojo do texto constitucional, nomeadamente no âmbito da individualização da pena.

Para tanto, fazendo uso do vértice hermenêutico, como método auxiliar indispensável à conclusão desta pesquisa, ingressa-se no campo dos direitos fundamentais e – perquirindo o âmbito de proteção da pena de prisão, qualificado como garantia fundamental à limitação do poder punitivo e identificando sua alocação constitucional no princípio da individualização da pena – chega-se ao seu núcleo essencial e intransponível: o sistema progressivo como fator propiciador para a reintegração social do condenado na sociedade livre, em franca sintonia com a dignidade da pessoa humana.

Valendo-se de entendimentos teóricos que reconduzem a um pensar político-criminal de prevenção especial e geral de crimes, corroborado por princípios penais constitucionais – que são os pilares da hermenêutica penal constitucional –, pela legislação de regência nacional e nos tratados e convenções internacionais, permite-se interpretar que, mais que uma opção, é um dever constitucional atender às funções integrantes dessa unidade jurídica.

Por outro lado, não se desconhece as relevantes críticas que confrontam as conclusões aqui preconizadas, mas que, para o entendimento conclusivo deste estudo, não resistem diante de um olhar hermenêutico constitucional e um vigoroso controle de constitucionalidade.

Em síntese de conclusão, a função constitucional da pena de prisão, na perspectiva deste trabalho, revela-se por meio da prevenção de crimes, fundamentalmente através de condições que propiciem a reintegração do condenado à sociedade livre, num viés de prevenção especial positiva (programa mínimo), mas também como componente geral da restauração do ordenamento jurídico, num viés de prevenção geral positiva (integradora).

Como consectário, compreende-se que a temática em pesquisa mereceria o tratamento – dada a sua inegável relevância – próprio do que se convencionou chamar de reserva de constituição: uma vez previsto um fim prioritário ou valor fundante à pena no âmbito do texto constitucional, passaria a pena, especialmente a de prisão, a dotar sua extrínseca finalidade de supremacia e força normativa constitucional, qualificando-se como vetor orientativo das políticas criminais, das tomadas de decisões judiciais e das práticas administrativas prisionais.

Isto porque, mesmo que a tarefa de elucidar o modelo funcional da pena tenha ficado a cargo da legislação ordinária e da integração dos tratados e convenções internacionais – revestindo-se, portanto, de existência e validade –, inegavelmente as normativas em vigência carecem de eficácia, ante a ausência de expressa parametricidade constitucional.



## REFERÊNCIAS

ACUÑA, Jean Pierre Matus. A política criminal dos tratados internacionais. In: D`AVILA, Fabio Roberto (Org.). **Congresso Internacional em Direito Penal**. Direito penal e política criminal no terceiro milênio: perspectiva e tendências. Congresso Internacional em Direito Penal. Congresso Transdisciplinar de Estudos Criminais. Porto Alegre, 2009. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011. p. 145-166.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

\_\_\_\_\_. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua. Belo Horizonte: UFMG, 2004. v. I.

AGUIRRE, Carlos. Cárcere e sociedade na América Latina, 1800-1940. In: MAIA, Clarisse Nunes (Org.). **História das prisões no Brasil**. Rio de Janeiro: Rocco Digital, 2009. v. 1. p. 16-60.

\_\_\_\_\_. Violência, castigo y control social: esclavos y panaderías en Lima, siglo XIX. **Passado y presente**, Lima, n. 1, p. 27-37, 1998.

ALAGIA, Alejandro. **Hacer sufrir**: imágenes del hombre y la sociedad en el derecho penal. Buenos Aires: Ediar, 2013.

ALEXY, Robert. Sobre a estrutura dos princípios jurídicos. **Revista Internacional de Direito Tributário**, Belo Horizonte: Del Rey, , v. 3, p. 155-167, jan./jun. 2005.

\_\_\_\_\_. **Teoria discursiva do direito**. 1. ed. Tradução de Eine Theoriedespraktischen Diskursesundander. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ALMEIDA, Bruno Rotta. **Cem anos de prisão**: uma análise comparativa da população carcerária da casa de correção e do presídio central de Porto Alegre no intervalo de um século. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011.

\_\_\_\_\_. **Contradição e violência em torno da política criminal e penitenciária brasileira**: uma análise a partir da fundação jurídico-normativa e da execução da pena. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia**: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

ANISTIA Internacional. **Combatendo a tortura**: manual de ação. Tradução de Galeno Fae de Almeida. Londres: Amnesty International Publicacions, 2003

ANITUA, Gabriel Inacio. **História dos pensamentos criminológicos**. Tradução de Sérgio Laramão. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2008. (Pensamento Criminológico, 15).

ASHWORTH, A; ZEDNER, L. Prevention and criminalization: justification and limits. **New York Criminal Law Review**, New York, n. 542, p. 132-148, 2012.

AZEVEDO, Manoel Antônio Duarte de. **Relatório do Ministério da Justiça**, de 7 de maio de 1874. Anexo. Rio de Janeiro: Tipografia Americana, 1874.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. Comentário ao art. 5º, inc. XLVI. In: CANOTILHO; J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lênio L. (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 618-628.

AZEVEDO E SOUZA, Bernardo de. (Org.). **Democracia e(m) sistema penal**. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2017

BACKES, Ana Luiza; AZEVEDO, Débora Bithiah de; ARAÚJO, José Cordeiro de (Org.). **Audiências públicas na Assembléia Nacional Constituinte: a sociedade na tribuna**. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

\_\_\_\_\_. **Resocialización o control social**. Por un concepto crítico de “reintegración social” del condenado. Ponencia presentada en el seminario “Criminología crítica y sistema penal”. Comisión Andina Juristas y la Comisión Episcopal de Acción Social. Lima, del 17 al 21 de septiembre de 1990.

BARRETO, Tobias. O fundamento do direito de punir. In: \_\_\_\_\_. **Estudos de direito**. Campinas: Bookseller, 2000. p. 163-188.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformada**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BATISTA, Nilo. A reabilitação da cela surda. **Boletim do Instituto de Ciências Criminais**, São Paulo: IBCCRIM, a. 11, edição especial, p. 01-15, out. 2003.

\_\_\_\_\_. Cem anos de reprovação. In: BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André (Org.). **Cem anos de reprovação: uma contribuição interdisciplinar para a crise da culpabilidade**. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 161-180.

\_\_\_\_\_. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

\_\_\_\_\_. **Punidos e mal pagos**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André (Org.). **Cem anos de reprovação: uma contribuição interdisciplinar para a crise da culpabilidade**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BATISTA, Vera Malaguti. O realismo marginal: criminologia, sociologia e história na periferia do capitalismo. In: MELLO, Marcelo Pereira de (Org.). **Sociologia e direito: explorando as interseções**. Niterói: PPGSD, 2007. p. 102-118.

BAUMER, Franklin Le Van. **O pensamento europeu moderno: séculos XVII e XVIII**. Lisboa: Edições 70, 1977. v. I.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: WVC, 2002.

BECKER, Howard Saul. **Outsiders: estudos de sociologia do desvio**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BENTHAM, J. **The rationale of punishment**. London: Robert Heward, 1830.

BERGALLI, Roberto. Las funciones del sistema penal en el estado constitucional de derecho, social y democrático: perspectivas socio-jurídicas. In: \_\_\_\_\_ (Coord.). **Sistema penal y problemas sociales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003. p. 54-78.

BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

\_\_\_\_\_. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

\_\_\_\_\_. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru, SP: Edipro, 2001.

\_\_\_\_\_. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

BOEHM, Camila. **Indulto natalino terá critérios mais rígidos para crimes violentos, diz ministro**. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-12/indulto-natalino-tera-criterios-mais-rigidios-para-crimes-violentos-diz>>. Acesso em: 24 maio 2017.

BOLÍVIA. **Constituição boliviana**. Disponível em: <[https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion\\_Bolivia.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf)>. Acesso em: 21 ago. 2017.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BOSCHI, José Antonio Paganella. Individualização da pena. In: CARVALHO, Salo de (Org.). **Crítica à execução penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 101-122.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Medidas cautelares penais (Lei 12.403/11): novas regras para a prisão preventiva e outras polêmicas**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br>>. Acesso em: 24 maio 2017.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Teoria geral dos direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 265-327.

BRASIL. **A construção do artigo 5º da Constituição de 1988.** [Recurso eletrônico]. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2013. (Série obras comemorativas. Homenagem, n. 9).

\_\_\_\_\_. Assembléia Nacional Constituinte (1987). **O processo histórico da elaboração do texto constitucional:** mapas demonstrativos. Trabalho elaborado por Dilsson Emílio Brusco e Ernani Valter Ribeiro. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 1993. 3 v. (Série fontes de referência /Acervo Arquivístico; nº 3).

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. **O processo constituinte.** 3. Comissões Temáticas. H. Anteprojeto da Comissão. I. Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-69.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. Assembleia Nacional Constituinte 1987-1988. **Anais.** Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher – Subcomissão dos Direitos Políticos e Garantias Individuais. Disponível em: <[http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembly-nacional-constituente](http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembly-nacional-constituente)>. Acesso em: 22 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. **Projeto de Constituição.** Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-235.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas – DMF – Mutirão Carcerário do Estado do Rio Grande do Norte – **Relatório final 2013.**

\_\_\_\_\_. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (de 24 de fevereiro de 1891). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm)>. Acesso em: 19 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 16 de julho de 1934. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm)>. Acesso em: 19 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm)>. Acesso em: 19 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 15 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil** (de 10 de novembro de 1937). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm)>. Acesso em: 19 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil** (de 18 de setembro de 1946). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm)>. Acesso em: 19 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. **Constituição Política do Império do Brasil** (de 25 de março de 1824). Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm)>. Acesso em: 24 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 4.388**, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4388.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm)>. Acesso em: 22 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 6.049**, de 27 de fevereiro de 2007. Aprova o Regulamento Penitenciário Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/decreto/d6049.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6049.htm)>. Acesso em: 19 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. **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. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm)>. Acesso em: 19 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 7.626**, de 24 de novembro de 2011. Institui o Plano Estratégico de Educação no âmbito do Sistema Prisional. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/decreto/d7626.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7626.htm)>. Acesso em: 19 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 847**, de 11 de outubro de 1890. Promulga o Código Penal. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>>. Acesso em: 19 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. **Decreto-lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 24 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei nº 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 22 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Justiça Federal da 4ª Região. Seção Federal de Santa Catarina – Florianópolis. **ACP nº50073241320154047200** – 2ª Vara Federal de Florianópolis. 16.07.2015. Disponível em: <[https://eproc.jfsc.jus.br/eprocV2/controlador.php?acao=processo\\_selecionar&acao\\_origem=processo\\_consultar&acao\\_retorno=processo\\_consultar&num\\_processo=5007324132015](https://eproc.jfsc.jus.br/eprocV2/controlador.php?acao=processo_selecionar&acao_origem=processo_consultar&acao_retorno=processo_consultar&num_processo=5007324132015)>. Acesso em: 27 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei de 16 de dezembro de 1830**. Manda executar o Código Criminal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm)>. Acesso em: 24 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.792**, de 1º de dezembro de 2003. Altera a Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984 – Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de

Processo Penal e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/L10.792.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.792.htm)>. Acesso em: 15 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 11.343**, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm)>. Acesso em: 15 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 11.671**, de 8 de maio de 2008. Dispõe sobre a transferência e inclusão de presos em estabelecimentos penais federais de segurança máxima e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/lei/L11671.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/L11671.htm)>. Acesso em: 19 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 11.719**, de 20 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo, *emendatio libelli*, *mutatio libelli* e aos procedimentos. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/lei/L11719.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/L11719.htm)>. Acesso em: 15 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.106**, de 2 de dezembro de 2009. Cria, no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/112106.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112106.htm)>. Acesso em: 19 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.403**, de 4 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm)>. Acesso em: 19 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.433**, de 29 de junho de 2011. Altera a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), para dispor sobre a remição de parte do tempo de execução da pena por estudo ou por trabalho. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112433.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112433.htm)>. Acesso em: 15 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.850**, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm)>. Acesso em: 19 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 7.209**, de 11 de julho de 1984. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1980-1988/L7209.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7209.htm)>. Acesso em: 19 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. **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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm)>. Acesso em: 19 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.072**, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm)>. Acesso em: 19 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.099**, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm)>. Acesso em: 15 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.714**, de 25 de novembro de 1998. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9714.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9714.htm)>. Acesso em: 15 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. **Ministério da Justiça**. Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN. Levantamento anual de informações penitenciárias – INFOPEN. 2017. Publicado em 08 de dezembro de 2017. Disponível em: <[www.portal.mj.gov.br/data](http://www.portal.mj.gov.br/data)>. Acesso em: 20 de março de 2017.

\_\_\_\_\_. **Resolução 213**, de 15 de dezembro de 2015. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/files/atos\\_administrativos/resoluo-n213-15-12-2015-presidencia.pdf](http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/resoluo-n213-15-12-2015-presidencia.pdf)>. Acesso em: 19 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. **Anteprojeto Constitucional**, elaborado pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, instituída pelo Decreto nº 91.450, de 18 de julho de 1985. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/AfonsoArinos.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. Base de dados histórica do Senado Federal – Apem – Anteprojeto, Projetos e Emendas. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/baseshist/asp/consultaNovo.asp>>. Acesso em: 01 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. **Resolução nº 5**, de 2012 – Suspende, nos termos do art. 52, inciso X, da Constituição Federal, a execução de parte do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/legislacao>>. Acesso em: 19 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **HABEAS CORPUS 2007/0120852-0**. Relator(a) Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG) (8145). Órgão Julgador, 5ª turma, 16/08/2007. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/13499/habeas-corpus-hc-83703-sp-2007-0120852-0/inteiro-teor-100022828>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **HC 316601/ES HC nº 2015/0032811-5**. Relator(a) Ministro Ribeiro Dantas, 5ª Turma, 20/04/2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178347948/habeas-corpus-hc-316601-es-2015-0032811-5/decisao-monocratica-178347949>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **HC n. 368.468/RS**, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe de 14/10/2016. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/443358318/habeas-corpus-hc-369769-rs-2016-0232288-0/relatorio-e-voto-443358343?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ADin 1.480-DF**, rel. Min. Celso de Mello, Informativo do STF, nº 109, DJU 13.05.1998. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14819932/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1480-df-stf>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 347 MC**, rel. min. Marco Aurélio, j. 1º-12-2015, P, DJE de 19-2-2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **HABEAS CORPUS 82.959-7**, São Paulo. Relator para o Acórdão, Ministro Marco Aurélio de Mello. 23.02.2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/noticias/imprensa/VotoGilmarHC82959.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126.292**, São Paulo. Voto Min. Luis Roberto Barroso, em 17/02/2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/2/art20160217-10.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **HC 104.339**. Voto do rel. min. Gilmar Mendes, j. 10-5-2012, P, DJE de 6-12-2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3164259>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **HC 107701/RS**, rel. Min. Gilmar Mendes, 13.9.2011, 2ªT. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21587058/habeas-corpus-hc-107701-rs-stf>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **HC 126.292**, voto do rel. min. Teori Zavascki, j. 17-2-2016, P, DJE de 17-5-2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **HC 69.657**, de 18-6-1993. Voto Min. Celso de Mello. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=HC+69.657>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **HC 84.078**. Voto Relatoria do Ministro Eros Grau, 05.02.2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **HC 96.219-MC/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJE 15/10/2008. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=HC+96.219+MC+SP>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Informativo 809 do STF-AC 4036**. Referendo-MC/DF, rel. Min. Teori Zavascki, 25.11.2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo809.htm>>. Acesso em: 27 ago. 2017.



\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **MI 772 AgR**, rel. min. Celso de Mello, j. 24-10-2007, P, DJE de 20-3-2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=582646>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **MS 22.164**, rel. min. Celso de Mello, j. 30-10-1995, P, DJ de 17-11-1995. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=54>>. Acesso em: 08 out. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **RE 466.343-I/SP**. Voto-vista do Min. Gilmar Mendes, Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **RE 580.252**, rel. p/ o ac. min. Gilmar Mendes, j. 16-2-2017, P, Informativo 854, com repercussão geral. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18314008/recurso-extraordinario-re-580427-ms-stf>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **RE 641.320**, rel. min. Gilmar Mendes, j. 11-5-2016, P, DJE de 1º-8-2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11436372>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 635.659**. Julgamento suspenso em 10/09/2015 com pedido de vistas do Min. Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroProcesso=635659&classeProcesso=RE&numeroTema=506>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **RHC 95.778**, rel. min. Ayres Britto, j. 15-9-2009, 1ª T, DJE de 16-10-2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11436372>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 1271**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1271>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante 56**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=3352>>. Acesso em: 19 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 5**. DJe de 16.5.2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1199>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Súmulas Vinculantes**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da Quarta Região. **Agravo de Execução Penal nº 5006272-48.2016.4.04.7005/PR**. Voto-vista Juiz Federal Convocado, Dr. Nivaldo Brunoni.

25.01.2017. Disponível em: <<https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/455893018/agravo-de-execucao-penal-ep-50062724820164047005-pr-5006272-4820164047005/inteiro-teor-455893025?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Coimbra, 1994.

\_\_\_\_\_. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

\_\_\_\_\_. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. São Paulo: Conan, 1995.

CARRARA, Francesco. **Programa de derecho criminal: parte general**. Bogotá: Temis; Buenos Aires: Depalma, 1996.

CARVALHO, Amilton Bueno. Lei para que(m)? In: TUBENCHALK, James (Coord.). **Doutrina**. Rio de Janeiro: Instituto de Direito, 2001. v. 11. p. 142-146.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CARVALHO, Salo de (Org.). **Crítica à execução penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

\_\_\_\_\_. **Antimanual de criminologia**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_. **Penas e medidas de segurança no direito penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_. **Penas no anteprojeto do Código Penal**. Disponível no Youtube. min. 26:52 e seguintes.

\_\_\_\_\_. Substitutivos penais na era do grande encarceramento. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). **Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. p. 146-172.

\_\_\_\_\_. Teoria agnóstica da pena: o modelo garantista de limitação do poder punitivo. In: \_\_\_\_\_ (Org.) et al. **Crítica à execução penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 03-44.

CERVINI, Raul. **Os processos de criminalização**. Tradução da 2ª edição espanhola. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

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

COELHO, Inocêncio Mártires. Ordenamento jurídico, Constituição e norma fundamental. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 01-155.

COELHO, João Gilberto Lucas. O processo constituinte. In: GURAN, Milton (Coord.). **O processo constituinte 1987-1988**. Brasília: Agil, 1988.

CONSELHO da Europa. **Recomendação REC(2006)2 do Comitê de Ministros dos Estados Membros**. Regras penitenciárias europeias. Disponível em <<https://rm.coe.int/16804c2a6e>>. Acesso em: 18 ago. 2017.

CRUZ, Rogério Schiatti Machado. **Prisão cautelar** – dramas, princípios e alternativas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2011.

CYMROT, Danilo. As origens da pena privativa de liberdade e o seu significado na estrutura social brasileira. In: SÁ, Alvino Augusto de; TANGERINO, Davi de Paiva Costa; SHECAIRA, Sergio Salomão (Coord.). **Criminologia no Brasil: história e aplicações clínicas e sociológicas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 40-53.

D`AVILA, Fabio Roberto (Org.). **Congresso Internacional em Direito Penal**. Direito penal e política criminal no terceiro milênio: perspectiva e tendências. Congresso Internacional em Direito Penal. Congresso Transdisciplinar de Estudos Criminais. Porto Alegre, 2009. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011.

DE GIORI, Alessandro. **A miséria governada através do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

DEKESEREDY, Walter S. **Contemporary critical criminology**. New York: Routledge, 2011.

DEL OLMO, Rosa. **La criminologia en América Latina, balances y perspectivas en la criminologia en América Latina**. Merida, Venezuela: Universidade de los Andes, 1992.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Culpabilidad y fines de la pena: con especial referência al pensamiento de Claus Roxin. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 66, jul. 2009. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6173](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6173)>. Acesso em: 08 maio 2017.

DIAS, Camila Caldeira Nunes. **Da pulverização ao monopólio da violência: expansão e consolidação do Primeiro Comando da Capital (PCC) no sistema carcerário paulista**. Tese (Doutorado em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

**DICIONÁRIO Aurélio on-line**. Disponível em: <<https://dicionariodoaurelio.com/reprimir>>. Acesso em 30 mar. 2017.

DIETER, Maurício Stegemann. **Política criminal atuarial: a criminologia do fim da história**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

EL SALVADOR. **Constituição de El Salvador**. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/mla/Pt/slv/index.html>>. Acesso em: 21 ago. 2017.

ELBERT, Carlos Alberto. **Criminologia, ciência e mudança social**. Tradução de Ney Fayet Jr. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012.

\_\_\_\_\_. **Novo manual básico de criminologia**. Tradução de Ney Fayet Jr. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

EQUADOR. **Constituição equatorina**. Disponível em: <[http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4\\_ecu\\_const.pdf](http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf)>. Acesso em: 21 ago. 2017.

ERICSON, Richard e CARRIÉRE, Kevin. La fragmentación de la criminología. In: SOZZO, Maximo (Org.). **Reconstruyendo las criminologias críticas**. Benos Aires: Ad-Hoc, 2006. p. 157-190.

ESPANHA. **Constituição espanhola**. Disponível em: <<http://www.boe.es/boe/dias/1978/12/29/pdfs/A29313-29424.pdf>>. Acesso em: 21 ago. 2017.

FARIA COSTA, José de. **Noções fundamentais de direito penal**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos reais**. Direito civil: teoria geral. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FAYET JR, Ney. **A pena criminal na democracia: o compromisso da dogmática com a racionalidade**. In: AZEVEDO E SOUZA, Bernardo de. (Org.). Democracia e(m) sistema penal. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2017.

FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

FERNANDES, Valter; FERNANDES, Newton. **Criminologia integrada**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. **Diritto e ragione: teoria del garantismo penale**. 5. ed. Roma: Laterza, 1998.

\_\_\_\_\_. **El derecho penal mínimo**. Barcelona: PPU, 1986.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. **O poder constituinte**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FEUERBACH, Johan Paul Anselm von. **Tratado de derecho penal común vigente en Alemania**. Buenos Aires: Mannurabi, 1989.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge. **Direito penal português**. As conseqüências jurídicas do crime. Coimbra: Coimbra, 2005.

\_\_\_\_\_. **Direito penal**. Parte geral. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra, 2012. t. I.

FONSECA, Paloma Siqueira. A presiganga real (1808-1831): trabalho forçado e punição corporal na marinha. In: MAIA, Clarisse Nunes (Org.). **História das prisões no Brasil**. Rio de Janeiro: Rocco Digital, 2009. v. 1. p. 85-105.

FONSECA, Paloma Siqueira. A presiganga real (1808-1831): trabalho forçado e punição corporal na marinha. In: SÁ, Augusto Alvino de; TANGERINO, Davi de Paiva Costa; SHECAIRA, Sérgio Salomão (Coord.). **Criminologia no Brasil: história e aplicações clínicas e sociológicas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 18. ed. São Paulo: Graal, 1979.

\_\_\_\_\_. **Vigiar e Punir**. 26. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1997.

FRANCO, Alberto Silva et al. **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

\_\_\_\_\_. **Crimes hediondos**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. Montevideu/Buenos Aires: B.de F., 2000.

FREIRE, Christiane Russomano. **As representações sociais da punição entre policiais civis, militares e gestores penitenciários do Estado do Rio Grande do Sul**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. 3. ed. Tradução de Flávio Paulo Meuer. Petrópolis: Vozes, 1999.

GARCÍA-PABLOS, Antonio. **Derecho penal: introducción**. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1995.

GARGARELLA, Roberto. De la injusticia penal a la justicia social. **Revista Nueva Doctrina Penal**, Buenos Aires, n. 2, p. 451-473, 2007.

GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GAUER, Ruth Maria Chittó (Coord.). **Sistema penal e violência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). **Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010.

\_\_\_\_\_. **A fundação da norma: para além da racionalidade histórica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009.

GEORG, Rusche; CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Pena e Constituição: aspectos relevantes para sua aplicação e execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

GEORG, Rusche; KIRSCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen e AMARAL, Augusto Jobim do. **Criminologia e(m) crítica**. Curitiba: Champagnat; Porto Alegre: EDIPUCRS, 2013.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. São Paulo: Perspectiva, 1961.

GUATEMALA. **Constituição da Guatemala**. Disponível em: <[https://es.wikisource.org/wiki/Constituci%C3%B3n\\_de\\_Guatemala](https://es.wikisource.org/wiki/Constituci%C3%B3n_de_Guatemala)>. Acesso em: 21 ago. 2017.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – a contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I e II.

\_\_\_\_\_. **O estado democrático de direito – uma amarração paradoxal de princípios contraditórios? Era das transições**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

\_\_\_\_\_. **Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I.

\_\_\_\_\_. **Verdade e justificação: ensaios filosóficos**. Tradução de Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.

HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. In: RAMIREZ, Juan Bústos (Org.). **Pena y estado: función simbólica de la pena**. Santiago do Chile: Editorial Jurídica Cono Sur Ltda., 1995. p. 23-36.

\_\_\_\_\_. **Fundamentos del derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1984.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la criminología y al derecho penal**. Valencia: Tirante lo Blanch, 1989.

HEGEL, Friedrich. **Princípios de filosofia de direito**. 3. ed. Lisboa: Guimarães, 1986.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HIRSCH, Andrew Von. Giving criminal their Just deserts. In: MCLAUGHLIM, Eugene. **Criminological perspectives: essencial readings**. 2. ed. London: Sage, 2005. p. 347-355.

HOLLOWAY, Thomas. O calabouço e o aljube do Rio de Janeiro do século XIX. In: MAIA, Clarisse Nunes (Org.). **História das prisões no Brasil**. Rio de Janeiro: Rocco Digital, 2009. v. 1. p. 202-224.

HUSLMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas: o direito penal em questão**. Niterói/RJ: Luan, 1993.

ITÁLIA. **Constituição italiana**. Disponível em: <<http://www.quirinale.it/qrnw/costituzione/pdf/costituzione.pdf>>. Acesso em: 21 ago. 2017.

JAKOBS, Günter. **Sobre la teoría de la pena**. Tradução de Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

JELLINEK, George. **Reforma e mutación de la Constitución**. Tradução de Christian Forter. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Finalidades da pena**. Barueri/SP: Manole, 2004.

KANT, Imanuel. **Metafísica de las costumbres**. Madrid: Tecnos, 1989.

KARAN, Maria Lúcia. Regimes de cumprimento da pena privativa de liberdade. In: **ESCRITOS em homenagem a Alberto Silva Franco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KLOSSOWSKY, Pierre. **Nietzsche e o círculo vicioso**. Rio de Janeiro: Pazulin, 2000.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 4. ed. Lisboa: Gulbenkian, 2005.

LARRAURI, Elena. Control del delito y castigo en Estados Unidos. In: HIRSCH, Andrew Von. **Censurar y castigar**. Madrid: Trotta, 1998. p. 13-33.

\_\_\_\_\_. **La herancia de la criminología crítica**. 2. ed. Madrid: Siglo XXI, 1992.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Tradução de Walter Stonner. Revisão de Luzia Ferreira de Souza. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 8. ed. São Paulo: Método, 2005.

LIMA, Renata Montovani; COSTA, Marina Martins Brina. **O tribunal penal internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

LISZT, Franz Von. **La idea de fin en derecho penal**. México: UNAM, 1994.

\_\_\_\_\_. **Tratado de direito penal alemão**. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C., 1899.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. A instrumentalidade garantista do processo de execução penal. In: CARVALHO, Salo de (Org.). **Crítica à execução penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 443-476.

LUHMANN, Niklas. La constitucione come acquisizione evolutiva. In: ZAGREBELSKY, Gustavo et al. (Coord.). **Il futuro dela Costituzione**. Torino: Einaudi, 1996. p. 118 142.

\_\_\_\_\_. **Los derechos fundamentales como institución** (aportación a la sociología política). México: Universidad Iberoamericana, 2010.

\_\_\_\_\_. **Sistema juridico y dogmática juridica**. Traducción de Ignacio de Otto Pardo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

MAIA, Clarisse Nunes (Org.) **História das prisões no Brasil**. Rio de Janeiro: Rocco Digital, 2009. v. 1 e 2.

MAPELLI CAFFARENA, Borja. Criminologia crítica y ejecución penal. In: RAMIREZ, Juan Bústos (Org.). **Prevención y teoría de la pena**. Santiago do Chile: Editorial Jurídica Cono Sur Ltda., 1995. p. 181-185.

\_\_\_\_\_. **Principios fundamentales del sistema penitenciario español**. Barcelona: Bosch, 1983.

MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MAURACH, Reinhart. **Derecho penal**. Parte geral. Atualização de Heinz Zipf. Buenos Aires: Astrea, 1994.

\_\_\_\_\_. **Tratado de derecho penal**. Tradução de Córdoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MELOSSI, Dario e PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica** – as origens do sistema penitenciário (séc. XVI a XIX). Rio de Janeiro: Revan, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais de caráter judicial e garantias constitucionais do processo In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 535-737.

\_\_\_\_\_. Limitações dos direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 328-392.



MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MÉXICO. **Constituição do México**. Disponível em: <[https://pt.wikipedia.org/wiki/Constitui%C3%A7%C3%A3o\\_do\\_M%C3%A9xico](https://pt.wikipedia.org/wiki/Constitui%C3%A7%C3%A3o_do_M%C3%A9xico)>. Acesso em: 21 ago. 2017.

MIR PUIG, Santiago. Función fundadora y función limitadora de la prevención general positiva. In: RAMIREZ, Juan Bústos (Org.). **Prevención y teoría de la pena**. Santiago do Chile: Editorial Jurídica Cono Sur Ltda., 1995. p. 49-58.

MIRABETTE, Julio Fabbrini. **Execução penal**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORRISON, Wayne. **Criminología, civilización y nuevo orden mundial**. Versión original en inglés – Criminology, Civilization and the New World Order. Londres: Routledge, tradução de A. Piombo. Barcelona: Anthropos, 2012.

MOTA, Manoel Barros da. **Crítica da razão punitiva: nascimento da prisão no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

MUÑOZ CONDE, Francisco e HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

\_\_\_\_\_. **Introducion al derecho penal**. Primera edición. Barcelona: Bosch, 1975.

\_\_\_\_\_. **Introducion al derecho penal**. Segunda edición. Buenos Aires: Editorial B de F, 2001.

NICARÁGUA. **Constituição da Nicarágua**. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/mla/pt/nic/index.html>>. Acesso em: 21 ago. 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

\_\_\_\_\_. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OEA. **Convenção Americana de Direitos Humanos** (Pacto de São José da Costa Rica). Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>. Acesso em: 22 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. **Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem**. Disponível em: <[http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao\\_Americana.htm](http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm)>. Acesso em: 22 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. **Justiça criminal: o desafio da superpopulação prisional**. Realizado em San José, de 3 a 7 de fevereiro de 1997. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/RegMinTratRec.html>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. **Princípios e boas práticas para proteção das pessoas privadas de liberdade das Américas.** Resolução 01, de março de 2008, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). Disponível em: <<http://cidh.oas.org/pdf%20files/principios%20port.pdf>>. Acesso em: 18 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. **Relatoria sobre los derechos de las personas privadas de libertad en las Américas.** Disponível em: <[http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/informes\\_anuales.asp](http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/informes_anuales.asp)>. Acesso em: 21 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. **Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 13 de fevereiro de 2017.** Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/index.php/en/court-today/comunicados/666-corte-interamericana-celebrara-118-periodo-ordinario-de-sesiones>>. Acesso em: 19 ago. 2017.

ONU. **Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión.** Disponível em: <<http://www.un.org/es/documents>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. **Declaração de Kampala sobre as condições prisionais na África, ocorrida em setembro de 1996 e formalizada pelo Anexo da Resolução 1997/36 do Conselho Econômico Social da ONU.** Disponível em: <[www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/.../f4e6423c5499f6517ec15db4a4750b80.pdf](http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/.../f4e6423c5499f6517ec15db4a4750b80.pdf)>. Acesso em: 18 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. **Declaração Universal de Derechos Humanos.** Disponível em: <<http://www.un.org/es/documents/udhr/>. ONU>. Acesso em: 22 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. **Estatuto de Roma.** Versão em inglês. Disponível em: <[http://web.archive.org/web/20031221152816/http://www.icc-cpi.int/library/basicdocuments/rome\\_statute\(f\).html](http://web.archive.org/web/20031221152816/http://www.icc-cpi.int/library/basicdocuments/rome_statute(f).html)>. Acesso em: 21 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. **Estatuto de Roma.** Versão francesa. Disponível em: <[http://web.archive.org/web/20031221152816/http://www.icc-cpi.int/library/basicdocuments/rome\\_statute\(f\).html](http://web.archive.org/web/20031221152816/http://www.icc-cpi.int/library/basicdocuments/rome_statute(f).html)>. Acesso em: 21 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. **Nelson Mandela rules.** Disponível em: <<http://ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/NelsonMandelaRules.pdf>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.** Disponível em: <<http://www.un.org/es/documents>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. **Princípios básicos do uso de programas de justiça restaurativa em questões criminais, intuído pelo Anexo da Resolução 2002/12, do Conselho Econômico Social.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/27fa43cd9998bf5b43aa2cb3e0f53c44.pdf>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. **Regras mínimas para tratamento dos reclusos.** Disponível em: <[http://www2.camara.leg.br/atividade\\_legislativa/comissoes/comissoespermanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/RegMinTratRec.html](http://www2.camara.leg.br/atividade_legislativa/comissoes/comissoespermanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/RegMinTratRec.html)>. Acesso em: 22 jun. 2017.

PACELLI, Eugênio. **Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PANAMÁ. **Constituição do Panamá**. Disponível em: <<https://www.oas.org/juridico/MLA/pt/pan/index.html>>. Acesso em: 21 ago. 2017.

PARAGUAI. **Constituição do Paraguai**. Disponível em: <[https://pt.wikipedia.org/wiki/Constitui%C3%A7%C3%A3o\\_do\\_Paraguai](https://pt.wikipedia.org/wiki/Constitui%C3%A7%C3%A3o_do_Paraguai)>. Acesso em: 21 ago. 2017.

PASTOR, Daniel R. O Estatuto de Roma de 1998 e os valores penais da comunidade internacional. In: D`AVILA, Fabio Roberto (Org.). **Congresso Internacional em Direito Penal**. Direito penal e política criminal no terceiro milênio: perspectiva e tendências. Congresso Internacional em Direito Penal. Congresso Transdisciplinar de Estudos Criminais. Porto Alegre, 2009. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011. p. 167-180.

PECH, Thierry. Neutralizar a pena. In: GARAPON, Antoine; GROS, Frédéric; PECH, Thierry. **Punir em democracia**: e a justiça será. Lisboa: Instituto Piaget, 2001. p. 140-166.

PERU. **Constituição do Peru**. Disponível em: <<http://www.minsa.gob.pe/renhice/documentos/constitucion.pdf>>. Acesso em: 21 ago. 2017.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e direito constitucional internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito internacional público e privado**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2011.

POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. A crise do conhecimento moderno e a motivação das decisões judiciais como garantia fundamental. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Coord.). **Sistema penal e violência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 231-246.

POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Comentário ao art. 5º, inc. XLVI. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo. W.; STRECK, Lênio L. (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 618-628.

QUEIROZ, Paulo. **Curso de direito penal**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2012. v. 1.

RAMIREZ, Juan Bústos (Org.). **Pena y estado**: función simbólica de la pena. Santiago do Chile: Editorial Jurídica Cono Sur Ltda., 1995.

\_\_\_\_\_. **Prevención y teoría de la pena**. Santiago do Chile: Editorial Jurídica Cono Sur Ltda., 1995.

RAUTER, Cristina. **Criminologia e subjetividade no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

RAWLS, John. **Justiça como equidade**: uma reformulação. Organização de Erin Kelly; tradução de Claudia Berliner; revisão técnica e da tradução de Álvaro De Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

REALE, Miguel. **Estudos de filosofia e ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 1978.

RIVACOBÁ Y RIVACOBÁ, Manoel. **Funcion y aplicacion de la pena**. Buenos Aires: Depalma, 1993.

RIVERA BEIRAS, Iñaki (Coord.). **Mitologías y discursos sobre el castigo**. Historias del presente y posibles escenarios. Rubí (Barcelona): Anthropos; Barcelona: OSPDH, Universitat de Barcelona, 2004.

\_\_\_\_\_. **Violencia (estructural), memoria (colectiva) y daño (social)**: ejes para una criminología crítica global. Barcelona: Anthropos, 2014.

\_\_\_\_\_. Historia y legitimación del castigo ¿Hacia dónde vamos? In: BERGALLI, Roberto (Coord.). **Sistema penal y problemas sociales**. Valencia: Tirant lo Blanch. Valencia, 2003. p. 86-126.

\_\_\_\_\_. **La cuestión carcelaria**: historia, epistemología, derecho y política penitenciaria. 2. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2009.

\_\_\_\_\_. **La devolución de los derechos fundamentales de los reclusos**: la construcción de un ciudadano de segunda categoría. Barcelona: José María Bosch, 1997.

RODRIGUES, Anabela de Miranda. **A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade**: seu fundamento e âmbito. São Paulo: IBCCRIM, 1999.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Direito e prática histórica da execução penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

\_\_\_\_\_. **Ensaio sobre uma execução penal mais racional e redutora de danos**. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. **Execução penal**: teoria crítica. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ROSA, Alexandre Morais da. **Jurisdição do real x controle penal**: direito e psicanálise via literatura. 2. ed. Kbr, 2011.

ROXIN, Claus. **Culpabilidad y prevencion en derecho penal**. Traductor: Muñoz Conde. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1981.

\_\_\_\_\_. **Derecho penal**: parte general. Madrid: Civitas, 1997.

\_\_\_\_\_. **Estudos de direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. La determinación de la pena a la luz de la teoría de los fines de la pena. In: \_\_\_\_\_. **Culpabilidad y prevencion en derecho penal**. Traductor: Muñoz Conde. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1981.

\_\_\_\_\_. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SÁ, Alvim Augusto de; TANGERINO, Davi de Paiva Costa; SHECAIRA, Sérgio Salomão (Coord.). **Criminologia no Brasil**: história e aplicações clínicas e sociológicas. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

SALLA, Fernando. **As prisões em São Paulo**: 1822-1940. 2. ed. São Paulo: Anablumme; Fapesb, 2006.

SALVATORE, Ricardo D. Death and liberalism. Capital punishment after the fall of rosas. In: SALVATORE, Ricardo D.; AGUIRRE, Carlos; JOSEPH, Gilbert (Org.). **Crime and punishment in Latin America**. Durham: Duke University Press, 2001.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Teorias constitucionais em perspectivas: como legitimar ou desconstruir 1988: 15 anos depois. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Quinze anos de Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 91-118.

SÁNCHEZ RUBIO, David. Inversión ideológica y derecho penal mínimo, decolonial, intercultural y anthegemónico. In: BORGES, Paulo César Corrêa (Org.). **Leituras de um realismo jurídico-penal marginal**: homenagem a Alessandro Baratta. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2012. p. 28-49.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luis Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. A crise de legalidade na execução penal. In: CARVALHO, Salo de (Org.). **Crítica à execução penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 45-100.

\_\_\_\_\_. Direitos, deveres e disciplina na execução penal. In: CARVALHO, Salo de (Org.). **Crítica à execução penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 249-316.

SCHOROEDER, Simone. Regressão de regime: uma releitura frente aos princípios constitucionais – abordagem crítica. In: CARVALHO, Salo de (Org.). **Crítica à execução penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 595-628.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. A exclusão moderna e a prisão antiga. In: SÁ, Augusto Alvino de; TANGERINO, Davi de Paiva Costa; SHECAIRA, Sérgio Salomão (Coord.). **Criminologia no Brasil**: história e aplicações clínicas e sociológicas. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 15-27.

SILVA, Fabio Lobosco. **Sobre um novo conceito de prisionização**: o fenômeno da assimilação prisional de acordo com a realidade brasileira. Tese (Doutorado em Direito Político e Econômico) –Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2017.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998.

\_\_\_\_\_. Prefácio. In: LIMA, João Alberto de Oliveira; PASSOS, Edilenice; NICOLA, João Rafael. **A gênese do texto da Constituição de 1988**. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2013. p. XIX.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2014.

\_\_\_\_\_. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: \_\_\_\_\_ (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 115-144.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. 3. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

STRATENWERTH, Günter. **Derecho penal**. Parte general. El hecho punible. 4. ed. Tradução de Manuel Cândia Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hamurabi, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

TAVARES, Juarez. Culpabilidade e individualização da pena. In: BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André (Org.). **Cem anos de reprovção: uma contribuição interdisciplinar para a crise da culpabilidade**. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 121-152.

\_\_\_\_\_. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal: de acordo com a Lei n.7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TORON, Alberto Zacharias. **Crimes hediondos: o mito da repressão penal: um estudo sobre o recente percurso da legislação brasileira e as teorias da pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

UNODC. **Oficina das Nações Unidas sobre Drogas e Crime – seis programas globais**. Disponível em: <<https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/frontpage/2011/05/10-la-oficina-de-naciones-unidas-contra-las-drogas-y-el-delito-se-dirige-a-los-ministros-del-g8-sobre-el-trafico-de-cocain>>. Acesso em: 21 ago. 2017.

URUGUAI. **Constituição do Uruguai**. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/MLA/pt/ury/index.html>>. Acesso em: 21 ago. 2017.

VENEZUELA. **Constituição da Venezuela**. Disponível em: <[https://www.oas.org/juridico/mla/sp/ven/sp\\_ven-int-const.html](https://www.oas.org/juridico/mla/sp/ven/sp_ven-int-const.html)>. Acesso em: 21 ago. 2017.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

\_\_\_\_\_. **Punir os pobres**. A nova gestão da miséria nos Estados Unidos. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

WEBER, Max. **Ciência e política: duas vocações**. São Paulo: Cultrix, 1993.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Tradução de Marcos G. Montagnoli. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

YOUNG, Jock. **A sociedade excludente**: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “Introducción” a criminología, civilización y nuevo orden mundial de Wayne Morrison. **Revista Crítica Penal y Poder**, Barcelona, n. 2, Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos, Universidad de Barcelona, p. 1-17, 2012.

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

\_\_\_\_\_. **Hacia un realismo jurídico penal marginal**. Caracas: Monte Avila Editores Latinoamericana, 1993.

\_\_\_\_\_. La rinascita del diritto penale liberale o la “Croce Rossa” giudiziaria. In: GIANFORMAGGIO, Letizia (Org.). **Le reazioni del galantismo**. Discutendo con Luigi Ferrajoli. Torino: Giappicheli, 1993.

\_\_\_\_\_. **Política criminal latinoamericana**. Bogotá: Temis, s/d.

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

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.



Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul  
Pró-Reitoria de Graduação  
Av. Ipiranga, 6681 - Prédio 1 - 3º. andar  
Porto Alegre - RS - Brasil  
Fone: (51) 3320-3500 - Fax: (51) 3339-1564  
E-mail: [prograd@pucrs.br](mailto:prograd@pucrs.br)  
Site: [www.pucrs.br](http://www.pucrs.br)