

**CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIFAAT**

**DIREITO**

**BRUNO RODRIGUES BERTOLA**

**TEORIAS DA PENA E A CRISE DA PENA PRIVATIVA DE  
LIBERDADE NO BRASIL**

**ATIBAIA, SP  
2021**

**BRUNO RODRIGUES BERTOLA**

**TEORIAS DA PENA E A CRISE DA PENA PRIVATIVA DE  
LIBERDADE NO BRASIL**

Trabalho de Conclusão apresentado ao curso de Direito, oferecido pelo Centro Universitário UNIFAAT como exigência parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Saulo Ramos Furquim.

**ATIBAIA, SP  
2021**

BRUNO RODRIGUES BERTOLA

**TEORIAS DA PENA E A CRISE DA PENA PRIVATIVA DE  
LIBERDADE NO BRASIL**

Trabalho de Conclusão apresentado ao curso de Direito, oferecido pelo Centro Universitário UNIFAAT como exigência parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Saulo Ramos Furquim.

Data de Aprovação: Atibaia/SP, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_.

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Saulo Ramos Furquim  
UNIFAAT

**RESUMO:** Este trabalho possui o objetivo de resumir a evolução do Direito Penal e expor as teorias da pena, a fim de analisar se as finalidades de prevenção especial são alcançadas através da pena privativa de liberdade executada nos presídios, pois é importante verificar se estes são capazes de neutralizar os condenados e de ressocializá-los, evitando, assim, futuros delitos. Portanto, através do método de pesquisa exploratória bibliográfica utilizado, tendo como arcabouço elementos contidos em livros e em artigos publicados em revistas eletrônicas, concluiu-se que os presídios não cumprem tais finalidades, pois não neutralizam os egressos e dessocializam-nos. Com esse trabalho, espera-se ter demonstrado que, para conter as mazelas do encarceramento, o Estado deve desenvolver, conjuntamente, políticas sociais e políticas criminais minimalistas, de modo que a desigualdade social deve ser sanada e a pena privativa de liberdade deve ser substituída, ou abolida, por penas alternativas à prisão quando esta for desnecessária.

**Palavras-chave:** teorias da pena; prevenção especial; neutralização; ressocialização; pena privativa de liberdade; prisão; crise do sistema penitenciário; minimalismo; penas alternativas; abolicionismo.

**ABSTRACT:** This paper aims to summarize the evolution of Criminal Law and expose the theories of the sentence, in order to examine whether the purposes of special prevention are achieved through the custodial sentence executed in prisons, because it is important to check whether these are able to neutralize the condemned and re-socialize them, thus avoiding future offences. Therefore, through the method of bibliographic exploratory search used, having, as a framework, elements contained in books and in articles published in electronic journals, it was concluded that prisons do not meet these purposes, because they do not neutralize the ex-prisoners and de-socialize them. With this paper, it is expected to have demonstrated that, to contain the ills of incarceration, the State must jointly develop minimalist social policies and criminal policies, so that social inequality must be remedied and the custodial sentence should be replaced, or abolished, by alternative prison sentences where this is unnecessary.

**Keywords:** theories of sentence; special prevention; neutralization; resocialization; custodial sentence; prison; crisis of the prison system; minimalism; alternative sentences; abolitionism.

## Sumário

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>6</b>
<b>1.1 APRESENTAÇÃO DO TEMA.....</b>	<b>6</b>
<b>1.2 JUSTIFICATIVA .....</b>	<b>7</b>
<b>1.3 PROBLEMA DE PESQUISA .....</b>	<b>8</b>
<b>1.4 OBJETIVOS .....</b>	<b>8</b>
<b>1.4.1 Objetivo Geral .....</b>	<b>8</b>
<b>1.4.2 Objetivos Específicos.....</b>	<b>8</b>
<b>2 FINALIDADES DA PENA.....</b>	<b>9</b>
<b>2.1 Breve análise diacrônica do Direito Penal .....</b>	<b>9</b>
<b>2.2 Teoria Absoluta ou Retributiva da pena.....</b>	<b>12</b>
<b>2.3 Teoria Relativa ou Preventiva da pena.....</b>	<b>16</b>
<b>2.3.1 Prevenção geral (negativa e positiva) .....</b>	<b>17</b>
<b>2.3.2 Prevenção especial (positiva e negativa).....</b>	<b>20</b>
<b>2.4 Teoria Mista ou Unificadora da pena.....</b>	<b>22</b>
<b>2.4.1 Sua adoção pelo Código Penal Brasileiro.....</b>	<b>25</b>
<b>3 A CRISE DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE.....</b>	<b>27</b>
<b>3.1 A privação de liberdade como pena .....</b>	<b>27</b>
<b>3.2 Os presídios não cumprem as finalidades da pena .....</b>	<b>29</b>
<b>3.2.1 A prevenção especial negativa .....</b>	<b>30</b>
<b>3.2.2 A prevenção especial positiva .....</b>	<b>31</b>
<b>4 POSSÍVEIS SOLUÇÕES À CRISE DA PENA DE PRISÃO .....</b>	<b>36</b>
<b>4.1 Minimalismo penal.....</b>	<b>38</b>
<b>4.2 As penas restritivas de direito .....</b>	<b>41</b>
<b>4.4 Abolicionismo penal.....</b>	<b>44</b>
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>47</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>50</b>

## 1 INTRODUÇÃO

### 1.1 APRESENTAÇÃO DO TEMA

Ao longo de toda história humana, o Direito Penal esteve presente, de modo que as teorias da pena e o modo como ela foi aplicada evoluíram significativamente até alcançarem as finalidades que cumprem atualmente.

Nesse viés, a teoria da pena mais aceita e disseminada, atualmente, é a teoria mista ou unificadora da pena, a qual une conceitos das teorias absolutas e preventivas da pena, possuindo como finalidade a reprovação do criminoso pelo delito cometido e a prevenção (especial: negativa e positiva; e geral: negativa e positiva) de futuros delitos. Além disso, impera, nos dias atuais, a privação de liberdade pelo encarceramento do condenado como modelo de aplicação penal.

No Brasil, o Código Penal brasileiro também adotou a teoria unificadora da pena, bem como a privação de liberdade para sua aplicação, nos casos em que não se fazem presentes os requisitos para aplicação de penas alternativas à prisão. Ocorre que as finalidades da pena que essa teoria impõe estão longe de serem alcançadas no Brasil, diante da precariedade de seu sistema prisional, sobretudo a finalidade de ressocialização do condenado.

Dessa forma, o presente trabalho irá abordar, de forma breve, a história do Direito Penal ao longo da história humana, para depois se aprofundar nas teorias da pena, quais sejam, teoria absoluta, teoria relativa e teoria mista. Em seguida, será destacado qual teoria foi adotada pelo Brasil.

No mais, será feita uma análise acerca do cumprimento das finalidades da pena no Brasil, no que se refere àquela aplicada por meio da privação de liberdade, que expressa a finalidade de prevenção especial (negativa e positiva) do infrator, para que este não cometa futuros delitos, e que é executada no sistema prisional (presídios).

Finalmente, devido às mazelas que ele causa ao egresso e à sociedade, serão apresentadas algumas alternativas ao encarceramento, como (i) a elaboração, por parte do Estado, de políticas sociais que busquem diminuir a desigualdade social, (ii) as penas alternativas à prisão – penas restritivas de direito, no Brasil –, (iii) bem como por meio de estudos da área de Criminologia, quais sejam, os estudos da Escola Minimalista e da Escola Abolicionista.

## 1.2 JUSTIFICATIVA

Este será o tema abordado por este trabalho, considerando-se que é extremamente necessário entender o passado do Direito Penal, sobretudo no tocante às teorias e à aplicação da pena, a fim de que se verifique a sua evolução e melhorias desses conceitos até o presente momento e, se for o caso, buscar modos para adequá-lo.

Ademais, é de suma importância o estudo acerca dos problemas da pena de prisão, mormente no Brasil, dado a atual crise de seu sistema prisional, pois é necessário transparecer que a pena privativa de liberdade não cumpre as finalidades declaradas no ordenamento jurídico-penal brasileiro, no que diz respeito, principalmente, à prevenção especial do crime, uma vez que ela apenas retribui, de forma desproporcional, ao criminoso a infração cometida por ele, até mesmo incentivando-o a seguir o caminho do crime.

Por outro lado, a escassez de pesquisas nesse sentido contribui para a perpetuação dos problemas existentes no sistema carcerário brasileiro, o qual, ainda que possua a finalidade da prevenção especial positiva, ou seja, de ressocializar o condenado para que este não volte a delinquir quando reinserido na sociedade, acaba atuando, verdadeiramente, como “escola do crime” e, além disso, na maioria das vezes, acaba desvirtuando a personalidade do egresso e dessocializando-o.

Nesse viés, nem mesmo a prevenção especial negativa, que possui a finalidade de inocuizar o condenado a fim de que este não pratique mais delitos enquanto estiver preso, atinge sua finalidade no sistema carcerário atual, visto que muitos condenados, até mesmo para sobreviver neste local inóspito, aprendem a cometer outros delitos, fazendo com que, ao ser solto, continuem neste caminho criminoso.

Dessa forma, a falsa sensação de que a aplicação da pena e o sistema carcerário atual cumprem o seu papel e resolvem o problema da criminalidade, ainda que isto não é o que se vê na prática, contribui para a perpetuação dos atuais problemas, pois impede a busca de soluções através de políticas sociais que buscam diminuir a desigualdade social e através de políticas criminais minimalista, bem como em outras áreas das ciências criminais, como na Criminologia (GONZAGA, 2020).



### **1.3 PROBLEMA DE PESQUISA**

No Brasil, a pena privativa de liberdade, executada no sistema prisional atual, cumpre as finalidades de prevenção especial negativa e positiva declaradas pela teoria da pena adotada pelo Código Penal brasileiro?

### **1.4 OBJETIVOS**

#### **1.4.1 Objetivo Geral**

Estudar, de forma aprofundada, as principais teorias da pena no Direito Penal existentes, pontuando qual a teoria adotada pelo Código Penal brasileiro e quais são os seus problemas no momento de sua execução através da privação de liberdade no sistema prisional atual.

#### **1.4.2 Objetivos Específicos**

Resumir a evolução do Direito Penal e das finalidades da pena ao longo do tempo.

Verificar quais são as principais teorias da pena existentes.

Expor qual a teoria da pena adotada pelo Código Penal brasileiro.

Analisar se a pena privativa de liberdade, executada no sistema prisional atual, cumpre as finalidades de prevenção especial declaradas pela teoria da pena adotada pelo Código Penal brasileiro.

Buscar alternativas ao encarceramento em massa e, conseqüentemente, aos efeitos negativos causados pelo sistema prisional.

## 2 FINALIDADES DA PENA

### 2.1 Breve análise diacrônica do Direito Penal

O estudo acerca do Direito Penal ao longo da história humana (e, inclusive, da pré-história) divide-se, basicamente, em três fases (“tríplice divisão”): a da “vingança divina”, a da “vingança privada” e a da “vingança pública”, “todas elas sempre profundamente marcadas por forte sentimento religioso/espiritual” (BITENCOURT, 2012, p. 139).

No tocante à fase da “vingança divina”, ressalta-se que, nos primórdios da sociedade, o homem ainda não possuía notório conhecimento científico, de modo que atribuía às forças sobrenaturais e às entidades divinas os acontecimentos derivados de fenômenos naturais.

Desse modo, os homens primitivos “acreditavam fortemente nos totens, materialização de tais entidades, normalmente referências zoológicas, os quais constituíam objeto de veneração e respeito” (ESTEFAM; GONÇALVES, 2012, p. 96). Ademais, ainda nessa época, também existiam os “tabus”, aos quais, da mesma forma, eram sagrados, e remetiam à ideia de proibições resultantes de seu caráter divino (MARQUES, 2016).

Nesse contexto, os indivíduos que desrespeitavam os “totens” ou desobedeciam aos “tabus”, eram punidos com brutalidade, em cerimônia que participavam todos os integrantes da comunidade, pois acreditava-se que, dessa forma, a divindade não se sentiria ultrajada e, portanto, não buscaria se vingar dos demais membros do grupo social (ESTEFAM; GONÇALVES, 2012).

Além disso, acreditava-se que os indivíduos que desobedeciam aos “tabus” poderiam ser imitados pelos demais, de forma que “o transgressor deve ser punido e expiado por todos os membros da comunidade, para evitarem conduta proibida” (MARQUES, 2016, p. 26).

Ainda, devido ao caráter estritamente divino das infrações, os castigos eram realizados por sacerdotes, os quais representavam a vontade divina e, então, aplicavam penas extremamente desproporcionais e cruéis ao infrator, tendo como finalidade, além do quanto acima exposto, “a purificação da alma do criminoso” (BITENCOURT, 2012, p. 140).

Portanto, conclui, apropriadamente, o professor Marques (2016, p. 27):

“O sentimento de vingança, como manifestação totêmica, ou decorrente dos tabus, foi sem dúvida a primeira expressão da fase mais remota de reação punitiva entre os povos primitivos. A violação aos princípios inexplicáveis dos totens e tabus conduzia o homem primitivo ao sentimento de aversão ao mal provocado pelo autor da violação. Esse sentimento, então, expressava-se por meio da vingança exercida pela própria comunidade, sem qualquer finalidade voltada para a prevenção de novas transgressões. A vingança consubstanciada na represália, tinha por finalidade a destruição simbólica do crime, como forma de purificar a comunidade contaminada pela transgressão”

Com o passar do tempo, os homens primitivos criaram laços comunitários com o seu agrupamento social, sentindo-se em paz vivendo em sociedade, de modo que não mais se sentiam seguros vivendo sozinhos. Nesse viés, estabeleceu-se o chamado “vínculo de sangue”, que consistia numa espécie embrionária de organização jurídica entre os indivíduos de determinado grupo social, marcada pela proteção recíproca entre indivíduos que tinham descendência comum (MARQUES, 2016).

Nesse diapasão, surgiu a fase conhecida como “vingança privada”, período em que o indivíduo que violasse a paz dentro de sua comunidade, por meio de alguma infração, sofria a punição chamada de “perda da paz”, que incidia no banimento do transgressor do grupo social do qual fazia parte, deixando-o “à própria sorte e à mercê dos inimigos” (ESTEFAM; GONÇALVES, 2012, p. 97).

Além disso, quando a transgressão era cometida por sujeito que pertencia a outro agrupamento social, ocorria a “vingança de sangue”, o que desencadeava verdadeiras guerras entre grupos distintos (BITENCOURT, 2012). No entanto, a “vingança de sangue”, marcada pela ausência de qualquer poder central que a regulasse e a administrasse, gerava ciclos de guerras infindáveis entre agrupamentos sociais, o que os enfraquecia significativamente.

Consequentemente, a “vingança de sangue”, como pondera Marques (2016, p. 15), a fim de evitar situações como a supramencionada e manter certa ordem social, “passou posteriormente a ser regulamentada e administrada por um poder central” e “pouco a pouco, o particular foi impedido de exercer a vingança e passou a constituir crime o fazer justiça por mãos próprias”.

Com efeito, devido à influência da centralização do poder punitivo e do progresso civilizatório, buscou-se um modo de diminuir as consequências negativas causadas pela “vingança privada”, sobretudo os banimentos e as guerras

duradouras provenientes da “vingança de sangue”, que eram capazes, até mesmo, de extinguir comunidades inteiras.

Nesse viés, o modo encontrado para alcançar tal finalidade foi a limitação da imposição da pena ao transgressor em dois sentidos: (i) primeiro, a pena passou a ter um caráter individual, de modo que atingiria somente à pessoa do infrator (estágio primitivo do princípio da personalidade da pena); e, (ii) segundo, a pena passou a ser aplicada de forma proporcional ao mal cometido pelo transgressor (surge, assim, a Lei de Talião, consagrada pelo Código de Hamurabi, uma das mais antigas legislações a adotar tal modo de imposição de pena) sendo essa uma tentativa de humanizar a pena (ESTEFAM; GONÇALVES, 2012, e BITENCOURT, 2012).

Com o fortalecimento da organização social e, conseqüentemente, aliado ao surgimento do conceito de Estado, este assume a centralização por meio de um poder-dever do direito de punir (“jus puniendi”), a fim de manter e assegurar a ordem social, territorial e política de sua comunidade. Neste contexto, a “vingança privada” dá lugar à “vingança pública”, que perdurou desde a Antiguidade até a Idade Moderna, marcada pelo Absolutismo, sempre possuindo um forte vínculo com ideais religiosos.

Destarte, ensina Marques que “a vingança, no seu aspecto primitivo e privado, perdurou até ser substituída vagarosamente pelas penas públicas, oriundas do fortalecimento do poder social, circunstância que só iria ocorrer na Antiguidade” (MARQUES, 2016, p. 15).

Durante a Idade Média, a religião, predominantemente o catolicismo, atuou de forma a unir e garantir a estabilidade entre os povos, tendo em vista a queda do Império Romano e a transição do período greco-romano ao período medieval na Europa Ocidental. Dessa forma, o Direito Canônico ganhou força, de modo que cada vez mais se entrelaçava com o Estado, razão pela qual este cedeu grande parte de sua força à Igreja.

Por óbvio, o direito de punir, como tudo que existia na terra segundo os preceitos de tal religião, passou a ser entendido como poder derivado de Deus, de modo que a pena passou a atuar como expiação para salvar a alma do transgressor e como represália pela violação divina. Todavia, de algum modo, a Igreja atuou para “humanizar as práticas penais”, como se verá mais adiante, apoiada na teoria cristã.

Portanto, durante a Idade Média, pode-se afirmar que “a religião e o poder secular estavam intimamente ligados e qualquer ato de heresia constituía infração ao próprio Estado” (MARQUES, 2016, p. 72).

No tocante à Idade Moderna, esta foi marcada pelas Monarquias e pelos Estados Absolutistas, os quais ainda se mantinham fortemente ligados à religião cristã e à Igreja Católica, bem como aos seus governantes soberanos e absolutistas, considerados como ministros da vontade de Deus na terra.

Nesse contexto, a organização jurídica, centralizada na figura do soberano, considerava que o crime, além de sua vítima imediata, atacava, também, o soberano, haja vista que as leis vigentes no Estado representavam diretamente a sua vontade, ou, pelo menos, passavam a vigorar após a sua aprovação.

Dessa forma, a punição ao infrator, marcada pelos suplícios executados em público e marcados pela extrema brutalidade de como eram realizados, objetivava não apenas reparar o prejuízo trazido ao reino por meio da infração à lei e à ordem pública, mas, principalmente, implicava na vingança do soberano contra a afronta feita à divindade de sua pessoa (FOUCAULT, 2014).

Em outras palavras, uma vez que o soberano participava diretamente ou indiretamente na criação e aprovação de uma lei, a partir do momento em que esta era infringida, aquele se reservava o direito, dado seu mais alto nível autoritário, de valer-se desse poder contra o indivíduo que a desrespeitou, aplicando-lhe suplícios brutais executados em público, exercidos através dos carrascos. Vale dizer que a finalidade dos suplícios era “de fazer funcionar, até um extremo, a dissimetria entre o súdito que ousou violar a lei e o soberano todo-poderoso que faz valer sua força” (FOUCAULT, 2014, p. 50).

Por fim, tal dogmática do Direito Penal perdurou até o final do século XVIII, período marcado pela Revolução Francesa e pela consagração dos Direitos Universais do Homem e do Cidadão, ambos considerados como grandes conquistas liberais e iluministas, influenciados pela reação contrária às punições cruéis e arbitrárias de tal período (MARQUES, 2016), abrindo espaço para a evolução das teorias da pena, que serão estudadas a seguir.

## **2.2 Teoria Absoluta ou Retributiva da pena**

Superado o período histórico na Europa marcado pelo Absolutismo, no qual prevaleceu a “vingança pública” contra os transgressores da lei, marcada pelos suplícios contra estes como meio de reafirmar o poder soberano do rei concedido por Deus, sobreveio a teoria retributiva da pena, influenciada pelo iluminismo e pela filosofia liberal, a qual nasce imbuída da ideia de que a pena deve ter um caráter “humanista e proporcional àquele que cometesse um crime” (GONZAGA, 2020, p. 43).

Nesse contexto, sob forte influência de Rousseau e de seu livro denominado “O contrato social”, nasce a ideia contratualista de que o homem “cedeu parcela da sua liberdade para viver em sociedade” (GONZAGA, 2020, p. 43), na medida em que as leis surgiram para conservá-la íntegra, impedindo que prevalecesse os anseios particulares e, conseqüentemente, a luta entre os indivíduos, conservando, assim, a força e a liberdade de cada ser humano (ROUSSEAU, 2015).

Sendo assim, as sanções passaram a ser realizadas contra os delinquentes em nome de toda a sociedade, uma vez que aquele se torna, pela ótica contratualista, inimigo de todo o corpo social ao cometer um delito, tendo em vista a sua incapacidade de conviver em sociedade e respeitar o pacto social e as leis, as quais foram criadas pela própria sociedade (MARQUES, 2016).

Acerca disso, afirma, com maestria, Bitencourt (2012, p. 279):

“O Estado, tendo como objetivo político a teoria do contrato social, reduz sua atividade em matéria jurídico penal à obrigação de evitar a luta entre os indivíduos agrupados pela ideia do consenso social. O indivíduo que contrariava esse contrato social era qualificado como traidor, uma vez que com sua atitude não cumpria o compromisso de conservar a organização social, produto da liberdade natural e originária. Passava a não ser considerado mais como parte desse conglomerado social e sim como um rebelde cuja culpa podia ser retribuída com uma pena”

Dessa forma, pode-se dizer que “o direito de punir se deslocou da vingança do soberano à defesa da sociedade” (FOUCAULT, 2014, p. 89), de modo que a teoria absolutista, ou retributiva, entende a pena como sendo um mal justo causado pelo Estado ao delincente, proporcionalmente ao mal injusto causado por ele contra a sociedade, por meio da violação da ordem jurídica criada por ela própria, de modo a realizar a Justiça. Nesse sentido, Bozza (2015, p. 22) leciona que a pena passa a ter a função de

“Retribuição à perturbação da ordem jurídica adotada pelos homens e consagrada nas leis. A pena é a necessidade de restabelecer a ordem jurídica abalada. Em vez de expiação, fala-se em retribuição da quebra do contrato social; no lugar de razão divina, fala-se em razão de Estado”

Insta realçar, ainda, que um dos principais fundamentos para essa teoria retribucionista está na ideia do livre-arbítrio, entendida como sendo a “capacidade que o homem tem de decidir entre um comportamento justo ou injusto” (BOZZA, 2015, p. 23).

Ou seja, a culpabilidade do agente delitivo passou a ser medida por um caráter subjetivo, qual seja, o livre-arbítrio, prevalecendo a ideia de que o delinquente, com base na liberdade que possui, escolheu praticar o delito, desrespeitando voluntariamente, portanto, a lei (GONZAGA, 2020).

Nesse diapasão, foram dois os pensadores que mais influenciaram e contribuíram para o desenvolvimento da teoria retributiva da pena, quais sejam, Kant e Hegel. O primeiro entendia que seu conceito de moralidade, exprimida por uma “lei moral” proveniente da vontade racional do ser, deveria ser seguido por todos, sendo, portanto, um “imperativo categórico”. Como corolário, o direito, o qual “deveria exprimir uma regra fundamental: devemos atuar de forma que nossa conduta valha como lei geral” (BOZZA, 2015, p. 27), deve representar, objetivamente, essa “lei moral”, fruto da racionalidade humana.

Assim, o direito e a moral são “imperativos categóricos”, tendo em vista que, para Kant, o direito seria o “(...) produto da sociedade e expressão de obrigações morais dos indivíduos” (BOZZA, 2015, p. 26) e ele somente se distancia da moral, pois possui a capacidade de ameaçar coercitivamente o indivíduo, a fim de que este cumpra a norma.

Com efeito, Bitencourt (2012, p. 283), ao discorrer sobre as ideias de Kant, ensina que, para este, o “direito é o conjunto de condições através das quais o arbítrio de um pode concordar com o arbítrio de outro, seguindo uma lei universal ou geral”. Portanto, ao tratá-lo como “imperativo categórico”, Kant entende que o direito e, conseqüentemente, a pena criminal possuem um fim em si mesmo, de modo que prescindem de qualquer finalidade.

Por essa razão, o autor entende que a pena criminal deve ser aplicada quando houver uma transgressão à lei pelo simples motivo de que houve tal violação, de modo que qualquer atribuição utilitarista (ou função preventiva) à pena

fere a teoria kantiana de que o homem não é apenas um meio para atingir determinado fim. Logo, a pena retributiva cumpre seu papel de aplicação da justiça (BOZZA, 2015).

Como afirma Bitencourt (2012, p. 286):

“Em síntese, Kant considera que o réu deve ser castigado pela única razão de haver delinquido, sem nenhuma consideração sobre a utilidade da pena para ele ou para os demais integrantes da sociedade. Com esse argumento, Kant nega toda e qualquer função preventiva — especial ou geral — da pena. A aplicação da pena decorre da simples infringência da lei penal, isto é, da simples prática do delito”

No entanto, a teoria kantiana não ignora que deva haver proporção entre o castigo e o delito praticado pelo acusado, de forma que considera o “ius talionis” como forma de aferição da aplicação da pena, como retribuição à sua culpabilidade. Neste viés, Bozza (2015, p. 29), afirma que, para Kant, “responde-se a agressão a um bem jurídico por meio de um ataque oficial (realizado pelo Estado) a um bem jurídico individual (daquele que praticou o crime) de semelhante valor”.

Em seu turno, o segundo autor, Hegel, afirma que o Estado, representando a vontade geral dos homens, os quais são dotados de racionalidade e liberdade, estabelece leis e princípios que devem ser seguidos por toda a sociedade, pois exprimem “os principais valores dos seres humanos”, podendo-se afirmar que o direito é fruto do Estado, o qual “garante a aplicação dos princípios morais e realiza a liberdade humana” (BOZZA, 2015, p. 36).

Nessa ótica, o delito é entendido como a negação do direito, pois significa a imposição da vontade particular do delinquente em detrimento da vontade geral simbolizado pelo Estado e, conseqüentemente, pelo próprio direito, de tal forma que a pena deve representar a supressão dessa transgressão e o restabelecimento da ordem jurídica violada. Segundo Marques (2016, p. 127):

“O crime, considerado violação de um direito, deve ser suprimido por meio da pena, possibilitando, dessa forma, a restauração do direito. Assim, o crime é a negação do Direito, enquanto a pena, como negação do crime, reafirma o Direito (...). A pena, é, assim, a negação da negação caracterizada pelo crime, com o objetivo de reafirmar o Direito e atualizar a justiça”

A teoria hegeliana, por fim, também adota a proporcionalidade para a aplicação da pena baseada na “Lei de Talião”, pois Hegel acreditava que a



quantidade de pena a ser aplicada ao delinquente deveria variar de acordo com a intensidade da violação do direito praticada por ele:

“A pena vem, assim, retribuir ao delinquente pelo fato praticado, e de acordo com o quantum ou intensidade da negação do direito, será também o quantum ou intensidade da nova negação que é a pena” (BITENCOURT, 2012, p. 286-287).

Assevera-se, portanto, que, para a teoria absoluta ou da retribuição, nas palavras de Capez (2012, p. 224), “a finalidade da pena é a de punir o autor de uma infração penal. A pena é a retribuição do mal injusto, praticado pelo criminoso, pelo mal justo previsto no ordenamento jurídico (*punitur quia peccatum est*)”.

### 2.3 Teoria Relativa ou Preventiva da pena

A teoria relativa ou preventiva da pena desenvolveu-se, também, sob forte influência do pensamento jusnaturalista e contratualista, sobretudo por volta do século XVII, período marcado pelo iluminismo e por avanços de ideais liberais, os quais serviram de base para o desenvolvimento de ideais como do Estado Democrático de Direito, bem como do direito penal moderno, que a consolidou como a teoria fundamentadora da pena (BITENCOURT, 2012).

Todavia, a teoria relativa da pena surge em contraposição à teoria absoluta da pena, de modo que, para a primeira, a pena possui finalidades úteis, ressaltando que ela deve agir como inibidora de impulsos criminosos nos indivíduos, prevenindo a prática de futuros delitos ou evitando que estes ocorram para, assim, promover a segurança de toda a comunidade, motivo pelo qual essa teoria também é conhecida como teoria utilitarista da pena.

Para Vanzolini (2021, p. 25):

As teorias preventivas *grosso modo*, assumem que a pena: (a) tem como fundamento a promoção da segurança e portanto tem uma finalidade socialmente útil (e por isso são chamadas relativas, em oposição às teorias retributivas, chamadas absolutas em virtude de sua configuração autorreferencial); (b) essa finalidade é evitar que as condutas sejam ou voltem a ser praticadas”

No mais, segundo Marques (2016), a teoria preventiva divide-se em duas, quais sejam: i) prevenção geral, segundo a qual a pena se dirige a todos os

membros de uma comunidade, prevenindo a prática de delitos futuros, seja pela intimidação (prevenção geral negativa), seja pela reafirmação do direito (prevenção geral positiva); e ii) prevenção especial, segundo a qual a pena se dirige ao indivíduo que infringiu a lei, prevenindo que este volte à infringi-la, seja pela sua ressocialização ou reeducação (prevenção especial positiva), seja pela sua segregação da comunidade por meio da privação de sua liberdade (prevenção especial negativa).

### **2.3.1 Prevenção geral (negativa e positiva)**

Pode-se considerar que a primeira representação sistemática e desenvolvida da teoria da prevenção geral surgiu com o autor alemão Feuerbach, o qual considerava que sua teoria tinha a capacidade de explicar como o direito penal, sobretudo através do instituto da pena, poderia solucionar o problema da criminalidade.

Nesse sentido, Feuerbach acreditava no poder preventivo da pena, no tocante à sua capacidade de inibir a prática de futuros delitos por meio da intimidação dos membros da comunidade, assumindo o direito penal, através da imposição e, principalmente, da execução daquela, a função de prevenção geral negativa, atuando, verdadeiramente, como “coação psicológica” sobre os indivíduos.

Para o autor alemão, “a pena é, efetivamente, uma ameaça da lei aos cidadãos para que se abstenham de cometer delitos; é, pois, uma ‘coação psicológica’ com a qual se pretende evitar o fenômeno delitivo” (BITENCOURT, 2012, p. 298).

Insta realçar que essa teoria surge sob forte influência do iluminismo e do pensamento utilitarista, dos quais advêm à crença sobre o “livre-arbítrio” e sobre a capacidade de racionalidade do indivíduo, o qual detém a capacidade de optar entre praticar ou não delitos. Nesse viés, argumenta o autor que “os homens são impelidos ao crime por um impulso de prazer e esse impulso pode ser nulificado se à prática do crime ligar-se o desprazer da pena” (VANZOLINI, 2021, p. 44).

Como se observa, para causar o efeito preventivo desejado a todos os membros da sociedade, segundo Marques (2016), Feuerbach parte do pressuposto de que todos os homens são dotados da capacidade de calcular as vantagens e desvantagens que a prática delitiva pode trazer.

Desse modo, a fim de servir de contraestímulo à prática de futuros delitos, o mal da pena, quando de sua imposição e, principalmente, de sua execução, deve ser significativamente maior do que o possível benefício trazido pelo delito ao autor, de forma que o desprazer da pena não compense a sua prática, inibindo, portanto, o impulso delitivo.

Com efeito, ao analisar a obra de Feuerbach, realça Bozza (2015, p. 73) que:

“Esta teoria tem por objetivo evitar a prática de delitos por meio da ameaça das normas penais, mas acaba sendo uma teoria da imposição e da execução da pena, pois, para que a ameaça produza efeito, faz-se necessário que essa ameaça seja eficaz, é dizer, as ameaças da pena devem ser concretizadas”

Por outro lado, por volta do século XX, sendo o precursor o autor alemão Welzel, a teoria da pena desloca-se da prevenção geral negativa para a prevenção geral positiva, de modo que o efeito preventivo da aplicação da pena deixa de ser a intimidação e adquire outro foco, qual seja, o de reafirmar ou confirmar a vigência da norma, que se considera abalada quando do cometimento do delito.

Conforme preceitua Marques (2016, p. 175):

“Consoante a prevenção positiva, mesmo após a prática da infração de uma norma, esta continua a vigorar, caso contrário estaria abalada a confiança nas relações sociais. Daí a necessidade da pena, pelo seu aspecto positivo de reafirmar tal vigência”

Com efeito, devido ao desenvolvimento da teoria da prevenção geral positiva, tal teoria subdividiu-se em duas importantes vertentes: “de um lado, a prevenção geral positiva fundamentadora e, de outro lado, a prevenção geral positiva limitadora” (BITENCOURT, 2012, p. 305).

Para a subdivisão fundamentadora, a teoria da prevenção geral positiva assume o papel de legitimar e fundamentar a intervenção penal. O maior partidário dessa subdivisão foi Jakobs, que se inspirou nos ensinamentos do sociólogo Luhmann, autor da teoria dos sistemas sociais, para formular sua proposta sobre o fundamento do direito penal (BOZZA, 2015).

Nos dizeres de Bitencourt (2012, p. 310):

“Ao Direito Penal, segundo Jakobs, corresponde garantir a função orientadora das normas jurídicas. Partindo do conceito de Direito, expressado pelo sociólogo Luhmann, Jakobs entende que as normas jurídicas buscam estabilizar e institucionalizar as experiências sociais, servindo, assim, como uma orientação da conduta que os cidadãos devem observar nas suas relações sociais. Quando ocorre a infração de uma norma – destaca Jakobs –, convém deixar claro que esta continua a existir, mantendo sua vigência, apesar da infração. Caso contrário, abalaria a confiança na norma e sua função orientadora”

Destarte, a aplicação da pena ao indivíduo que desobedeceu às normas jurídicas pré-estabelecidas na comunidade demonstra, com a seriedade e dureza necessárias, a seus demais membros que, mesmo sendo violada, ela ainda continua em vigor e, outrossim, continua sendo válida, de modo que eles devem obedecê-la para não receberem a mesma sanção, orientando-lhes, portanto, a forma que devem agir.

Como se observa, a teoria proposta pelo autor alemão não afasta, também, os efeitos da teoria da prevenção geral negativa. No entanto, a intimidação causada a terceiros ante a imposição da pena é considerada, pelo próprio autor, função secundária da sua aplicação, enquanto que a função primária da pena é de reafirmar a validade das normas jurídicas, de modo a criar em todos membros da comunidade a sua consciência ética. Nessa ótica, conclui Marques (2016, p. 177) que

“Tal finalidade, contudo, na lição de Jakobs, não afasta eventual efeito secundário da pena diante de terceiros, pelo medo de sua imposição, ante uma transgressão, embora essa não seja a função da pena. [...] Com a pena, busca-se garantir as expectativas nas relações sociais, em prol da sobrevivência da sociedade”

Observa-se, também, que a teoria formulada por Jakobs (como ele próprio admite) possui matriz idealista na teoria absoluta concebida por Hegel, aproximando-se, portanto, mais de uma concepção hegeliana da pena do que preventiva (VANZOLINI, 2021). Isso porque, para o Jakobs

“[...] o delito é negativo na medida em que supõe a violação da norma e, conseqüentemente, a frustração de expectativas normativas, da mesma forma a pena deve ser considerada algo positivo, vez que afirma a vigência da norma ao negar sua violação” (BOZZA, 2015, p. 96)

Por outro lado, diante de críticas à teoria de Jakobs, surge a subdivisão limitadora da prevenção geral positiva, a qual defende que o “jus puniendi” de um

Estado Democrático de Direito deve limitar-se pelos direitos e garantias individuais salvaguardados por ele e destinados a todos os cidadãos, materializados “através dos princípios da intervenção mínima, da proporcionalidade, da ressocialização, da culpabilidade etc.” (BITENCOURT, 2012, p. 332). Em outras palavras,

“(…) a manutenção da fé no direito e no ordenamento (escopo da prevenção geral positiva) só é alcançada se as penas não são draconianas, se é respeitado o princípio da legalidade e da culpabilidade bem como todos os limites constitucionais formadores do Direito Penal no Estado Democrático de Direito. Ou seja, a prevenção geral positiva opera no sentido de reforçar na comunidade não (apenas) o respeito aos valores intrínsecos às normas penais incriminadoras, mas o respeito às próprias normas de incriminação” (VANZOLINI, 2021, p. 54).

Insta realçar, ainda nas palavras de Vanzolini (2021, p. 54), que “sob essa ótica, a prevenção geral positiva não substitui nem se soma à prevenção geral negativa, mas mantém com ela uma relação dialética, limitando-a”. Desse modo, a subdivisão limitadora não se presta a explicar e fundamentar a existência do direito penal, tão somente (como o próprio nome implica) pretende limitar o que já existe.

Por fim, os principais autores e defensores da visão limitadora da prevenção geral positiva são Roxin, Silva Sanchez, Mir Puig e Hassemer, os quais apresentam distinções, em suas respectivas obras, acerca do critério utilizado para a limitação da intervenção estatal. No entanto, todos concordam que o Estado, ao exercer seu direito de punir, deve contar

“[...] com freios ou limites que resguardem os invioláveis direitos fundamentais do cidadão. Este é o sinal que caracterizaria o Direito Penal de um Estado pluralista e democrático de direito e o que possibilitaria entender a prevenção geral positiva limitadora da pena como finalidade legítima desta” (BITENCOURT, 2012, p. 335).

### **2.3.2 Prevenção especial (positiva e negativa)**

Diferentemente da teoria da prevenção geral, a teoria da prevenção especial desloca o foco da prevenção de delitos ao delinquentes ao invés de todos os membros da sociedade, com o intuito de buscar maneiras, através da aplicação da pena estatal, de impedir que este volte a delinquir. Atualmente, como afirma Bitencourt (2012, p. 314), ao citar a classificação sugerida por Ferrajoli,

“as teorias da prevenção especial podem ser formalmente divididas em teorias da prevenção especial positiva, dirigidas à reeducação do delinquente, e teorias da prevenção especial negativa, voltadas à eliminação ou neutralização do delinquente perigoso”

O autor que mais influenciou o pensamento acerca da teoria da prevenção especial foi Von Liszt, o qual acreditava no livre-arbítrio (culpabilidade) dos delinquentes para determinar seus próprios atos, sobretudo os atos criminosos. Desse modo, defendia o autor que

[...] a necessidade de pena mede-se de acordo com a necessidade de se evitar a prática de novos crimes por parte do indivíduo. A pena obedece à finalidade de ressocializar e reeducar o delinquente corrigível, intimidar aqueles que são intimidáveis, e neutralizar os incorrigíveis” (BOZZA, 2015, p. 54)

Ao discorrer sobre Von Liszt, Bitencourt (2012) sintetiza a tese do autor acerca da teoria da pena em três pretensões, quais sejam: intimidação, correção e inocuidade do delinquente. Portanto, observa-se no pensamento de Von Liszt as duas concepções atuais da teoria da prevenção especial da pena: a concepção positiva e a concepção negativa.

A teoria da prevenção especial positiva foi a que se manteve predominante durante todo o século XX, influenciada, primordialmente, pela Escola Positiva de criminologia. Nesse período, acreditava-se que os delitos eram cometidos por indivíduos considerados anormais e perigosos, que não conseguiam conviver em sociedade.

Por essa razão, esses indivíduos eram considerados como suscetíveis a infringirem a lei, pois possuíam falhas comportamentais, desenvolvidas por circunstâncias internas e externas (perigosidade individual e determinismo) a eles. Desse modo, quando esses indivíduos considerados perigosos delinquiram, o Estado tem o dever de consertá-los e de tratá-los através da aplicação da pena estatal, para fim de prevenir futuros delitos por meio de sua ressocialização e de sua reintegração na sociedade (VANZOLINI, 2021).

Insta realçar que a prevenção especial positiva ganhou força devido ao contexto histórico da época, marcado pela crise do Estado liberal e, conseqüentemente, de sua transição a um Estado mais intervencionista, próximo à

concepção de Estado de bem-estar social, de modo que, nesse contexto, tal teoria era a que melhor convinha para fundamentar a intervenção estatal da pena. Pois,

“A pena, segundo esta nova concepção, deveria concretizar-se em outro sentido: o da defesa da nova ordem, a defesa da sociedade. O delito não é apenas a violação à ordem jurídica, mas, antes de tudo, um dano social, e o delinquente é um perigo social (um anormal) que põe em risco a nova ordem” (BITENCOURT, 2012, p. 317).

Em seu turno, a teoria da prevenção especial negativa separa-se em duas concepções distintas, embora ambas admitam que o objetivo da aplicação da pena é de prevenir a prática de crimes futuros. À primeira, a prevenção ocorre através da intimidação de possíveis delinquentes (assim como na prevenção geral negativa) e, principalmente, daquele que efetivamente delinuiu (evitando a sua reincidência por meio do medo de, novamente, ser punido). Já à segunda, a prevenção ocorre através de sua neutralização por meio do cárcere (aplicação de pena privativa de liberdade), período em que ele não representa perigo à comunidade (VANZOLINI, 2021).

Com efeito, afirma Grego (2017, p. 198):

“Pela prevenção especial negativa existe a neutralização daquele que praticou a infração penal, com a sua segregação no cárcere. A retirada momentânea do agente do convívio social o impede de praticar novas infrações penais, pelo menos na sociedade da qual foi retirado. Quando falamos em neutralização do agente, deve ser frisado que isso somente ocorre quando a ele for aplicada pena privativa de liberdade”

Por fim, sublinha-se que a segunda concepção da teoria da prevenção especial negativa, acima citada, a qual consiste na segregação do sujeito que delinuiu da sociedade através da aplicação de pena privativa de liberdade, é a que, atualmente, possui mais força, tornando-se, portanto, a preponderante.

## **2.4 Teoria Mista ou Unificadora da pena**

A teoria mista ou unificadora da pena tornou-se, atualmente, a dominante. Esta, por sua vez, busca adicionar, em uma única teoria, os principais pontos das outras duas teorias da pena acima discorridas (teoria absoluta e teoria relativa),

motivo pelo qual ela é, também, denominada de eclética. Merkel é considerado o precursor desta ideia no início do século XX (BITENCOURT, 2012).

Assim, vale dizer que essa teoria adiciona à pena a finalidade de retribuição, presente na teoria absoluta, ainda que com algumas ressalvas, e a finalidade de prevenção (especial e geral, ambas em suas visões negativas e positivas), presente na teoria relativa. Neste sentido, resume Bozza (2015, p. 108):

“Dessa forma, a pena apresentaria as seguintes funções: 1) retribuição do injusto, por meio da compensação ou expiação da culpabilidade; 2) prevenção especial positiva, com o objetivo de emenda do autor do crime, pela ação correcional da execução da pena; 3) prevenção especial negativa, com a finalidade de atingir a segurança da sociedade por meio do mero isolamento do indivíduo; 4) prevenção geral negativa, através da intimidação de potenciais delinquentes, pela ameaça contida na ameaça de sanção contida na lei penal e; 5) prevenção geral positiva como reforço da confiança da população no ordenamento jurídico”

Insta realçar que as teorias mistas ou unificadoras se dividem em duas correntes doutrinárias diversas, uma mais conservadora e outra mais progressista, ainda que, para ambas, a função primordial do Direito Penal seja de proteger a sociedade.

Neste viés, a primeira corrente defende que a proteção da sociedade deve ser exercida através da retribuição justa, sendo esta a principal função da pena, de modo que a prevenção seja função secundária, complementar àquela. Por outro lado, a segunda corrente defende que a defesa da sociedade seja exercida através da proteção de bens jurídicos, de modo que a principal função da pena seja a prevenção, sendo a retribuição, através do princípio da culpabilidade, mero instrumento de limitação penal (BITENCOURT, 2012).

Em outras palavras:

“Para uma corrente mais conservadora da teoria mista ou unificadora, a pena exerce sua função protetora da sociedade por meio da imposição da retribuição nela contida. Os fins preventivos, dessa ótica, têm caráter secundário. Já para uma corrente mais progressista dessa teoria, a pena tem por finalidade primordial a defesa da sociedade, enquanto a retribuição deve permanecer nos limites máximos de exigência da prevenção de novos crimes, não podendo ultrapassar, em quantidade e qualidade, o merecido pelo delincente, segundo sua culpabilidade” (MARQUES, 2016, p.170-171)

Um dos principais doutrinadores a adotar a concepção mista da teoria da pena foi Roxin. Nessa ótica, leciona Vanzolini (2021, p. 87-88):



“(…) Roxin concebe sua própria teoria como uma síntese entre prevenção e justiça, como uma teoria da união, segundo a qual a pena só é legítima quando é preventivamente necessária, e ao mesmo tempo é justa, sendo que nessa relação tem preponderância e exerce papel positivo a prevenção (sobretudo a especial), enquanto que a retribuição tem papel secundário e negativo (limitação)”

Nesse viés, segundo Marques (2016), Roxin defendia uma teoria mista dialética, pois acreditava que uma teoria mista aditiva, que consiste na simples justaposição entre as teorias absolutas e relativas da pena, colocaria todas as finalidades da pena em primeiro plano, o que acarretaria o aumento das causas de aplicação da pena e o desvirtuamento de suas finalidades propostas.

Assim, a teoria mista ou unificadora dialética proposta por Roxin procura evitar os excessos de aplicação da pena e conduzir as suas finalidades de maneira construtiva, através da busca do equilíbrio entre elas por meio de restrições recíprocas (MARQUES, 2016).

Dessa forma, nas palavras de Bozza (2015, p. 112), as finalidades da pena para Roxin, seja a prevenção geral, seja a prevenção especial

“(…) se acentuam em determinados momentos da aplicação do Direito Penal: a prevenção geral se destaca no momento da cominação legal da pena (no preceito secundário do tipo penal há uma ameaça/intimidação para o indivíduo não praticá-lo); no momento da aplicação da pena, concretizada na sentença, deve-se levar em consideração, em mesmo grau de importância, tanto a prevenção geral como a especial e, no momento da execução da pena, deve-se levar em conta apenas o fim de ressocialização (prevenção especial positiva)”

Em relação à retribuição, entende Roxin que ela precisa ser desconsiderada para fim de legitimar e fundamentar a intervenção penal. Dessa ótica, o princípio da culpabilidade passaria a exercer somente a função de limitar a aplicação da pena, impedindo que esta ultrapasse o limite máximo da culpabilidade do infrator, mesmo que seja necessário a fim de prevenção. Por outro lado, caso seja indicado para fins preventivos, nada impede que a pena seja fixada em limite inferior ao quanto indicado pela culpabilidade do infrator (BITENCOURT, 2012).

Por fim, de acordo com Bitencourt, Roxin resume sua teoria da seguinte forma:

“[...] a pena serve aos fins de prevenção especial e geral. Limita-se em sua magnitude pela medida da culpabilidade, mas pode ser fixada abaixo deste limite quando seja necessário por exigências preventivo-especiais, e a isso não se oponham as exigências mínimas preventivo-gerais” (ROXIN, 1997, p. 103 *apud* BITENCOURT, 2012, p. 328)

#### 2.4.1 Sua adoção pelo Código Penal Brasileiro

O posicionamento majoritário da doutrina e de juristas brasileiros é de que o Brasil adotou, em seu ordenamento penal pátrio, a teoria mista ou unificadora da pena, tendo em vista que estabeleceu no artigo 59, *caput*, do Código Penal, que o magistrado, ao fixar a pena, “(...) estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para **reprovação** e **prevenção** do crime (...)” (BRASIL, 1940, grifos nossos).

Nesse sentido, é o entendimento de Nucci (2017, p. 213):

“Conforme o atual sistema normativo brasileiro, a pena não deixa de possuir todas as características expostas em sentido amplo (castigo + intimidação e reafirmação do direito penal + ressocialização): o art. 59 do Código Penal menciona que o juiz deve fixar a pena de modo a ser necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime”

Ainda, quem defende este posicionamento, utiliza-se como fundamento o instituto do perdão judicial presente para os crimes de homicídio culposo e de lesões corporais culposas, uma vez que ele evidencia a finalidade retributiva da pena, tendo em vista que possibilita a extinção da punibilidade para o infrator quando o resultado do crime o atingiu de forma tão grave que a pena se faz desnecessária. Ou seja, nos casos em que já houve, portanto, a retribuição pelo crime cometido (MASSON, 2014).

Há quem entenda, no entanto, que a justificativa da retribuição não deve fundamentar ou servir como conceito de finalidade da pena, ante seu caráter metafísico, de modo que “(...) a reprovação não se confunde com a retribuição e deve ser entendida a partir da moderna concepção de culpabilidade como medida de pena (...)” (MARQUES, 2016, p. 188).

Por outro lado, a finalidade de prevenção de futuros delitos, em seu caráter especial, também está presente no ordenamento jurídico brasileiro, seja pela neutralização do condenado através de sua prisão (prevenção especial negativa),

seja pela sua ressocialização, com o intuito de inseri-lo de volta na sociedade, de modo a prevenir que este volte a cometer delitos (prevenção especial positiva).

No viés da prevenção especial positiva, a Lei de Execução Penal brasileira preocupa-se com a ressocialização do condenado. Neste sentido, destaca-se, sobretudo, os artigos 10, *caput* (“A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade”), e 22 (“A assistência social tem por finalidade amparar o preso e o internado e prepará-los para o retorno à liberdade”), ambos de referida Lei (BRASIL, 1984).

No tocante à prevenção geral, pode-se afirmar que, no Brasil, se encontra presente a sua versão positiva, especificamente a subdivisão limitadora. Isso porque a ideia de prevenção geral negativa, que idealiza a pena como intimidação aos membros da sociedade, vai de encontro com os princípios constitucionais e a moderna concepção de democracia (MARQUES, 2016).

Desse modo, devido à limitação da prevenção geral positiva, à pena restou estabelecida a finalidade de reforçar os valores contidos na norma penal. No entanto, como destaca Marques (2016, p. 189), os efeitos da prevenção geral positiva limitadora “são mais sentidos no âmbito legislativo, na escolha dos bens jurídicos penais e na imposição de margens de arbítrio judicial”.

Portanto, como restou evidente, no ordenamento penal brasileiro, a finalidade de prevenção possui maior destaque, principalmente, em seu caráter positivo, tanto na prevenção especial como na prevenção geral. O primeiro deve ser observado quando da execução da pena, enquanto que o segundo, no âmbito legislativo. A retribuição, por sua vez, deve ser observada somente quando da aplicação da pena, servindo para limitá-la.

### 3 A CRISE DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

#### 3.1 A privação de liberdade como pena

Entende-se, atualmente, que a prisão é o melhor meio para fazer valer as finalidades da pena, de modo que é tratada, por muitos doutrinadores, como um mal necessário para conter o criminoso, privando-o sua liberdade a fim de isolá-lo para que não cometa mais crimes, além de ressocializá-lo, para que retorne à comunidade, posteriormente, e não volte a praticar delitos, de forma a tornar “(...) possível a convivência entre os homens” (BITENCOURT, 2012, p. 1295).

No entanto, a prisão não foi concebida, primordialmente, para ser a pena final do condenado. Ao contrário, a prisão possuía natureza cautelar, pois era nela que o infrator iria esperar a sua condenação e, conseqüentemente, a sua pena definitiva, qual seja, a pena de morte ou uma pena corporal. Nesse sentido, afirma Greco (2021, p. 97):

“A prisão do acusado era tida como uma custódia de natureza cautelar, tão somente processual, uma vez que, como regra, aguardava a decisão que, se concluísse pela sua responsabilidade penal, o condenaria a uma pena de morte, ou mesmo a uma pena corporal, ocasião em que, logo depois de aplicada, seria libertado”

Na Antiguidade, ainda, as prisões eram lugares onde os infratores eram torturados a fim de que confessassem a prática do delito, sendo, portanto, posteriormente condenados e, como dito acima, o local onde aguardariam a execução de sua pena definitiva. No mais, também nesse período, a prisão era concebida como o local onde os devedores eram presos pelos seus credores até que a sua dívida fosse saldada (GRECO, 2021).

Durante a Idade Média, outrossim, a prisão ainda não era vista como pena, possuindo, também, natureza processual conforme na Antiguidade. Segundo Bitencourt (2012, p. 1264), na Idade Média, “a privação da liberdade continua a ter uma finalidade custodial aplicável àqueles que foram submetidos aos mais terríveis tormentos exigidos por um povo ávido de distrações bárbaras e sangrentas”.

No entanto, foi durante a Idade Média que surgiram exceções à regra da privação de liberdade como meio de custódia, sendo o caso da prisão de Estado e da prisão eclesiástica. A primeira consistia numa prisão para os inimigos do poder

real ou senhorial, ou os adversários políticos dos governantes, podendo ocorrer a prisão-custódia (onde esses indivíduos esperariam sua pena definitiva) ou a prisão temporal ou perpétua. A segunda, por sua vez, era destinada aos sacerdotes e religiosos, e respondia à ideia, principalmente, de redenção pela penitência e pela meditação (BITENCOURT, 2012).

Assim, pode-se afirmar que o Direito Canônico, por meio do advento da prisão eclesiástica, contribuiu muito para a reforma e o surgimento da prisão moderna. Nas palavras de Greco (2021, p. 102):

“O cárcere eclesiástico, no entanto, constituiu-se em um precedente muito importante para o que seria o futuro das prisões, que passaram a ter a finalidade precípua de segregação da liberdade do ser humano como pena imposta pelo Estado devido à prática de determinada infração penal”

Já na Idade Moderna, por volta do século XVI e XVII, devido à enorme crise que vivenciava a Europa, a qual ocasionou no aumento exacerbado da pobreza, a criminalidade, da mesma forma, não parava de crescer. Conseqüentemente, a pena de morte já não mais dava conta de punir tantos criminosos, além disso, a pena de morte forçava o Estado a se desfazer de sua própria mão de obra, razões pelas quais se iniciou um movimento de desenvolvimento das penas privativas de liberdade, principalmente com a finalidade de correção dos apenados através do trabalho (BITENCOURT, 2012).

Nesse contexto, surge na Inglaterra as “Casas de Correção” (*Bridewells*), consideradas como as antecessoras das prisões modernas que se estabeleceram no século XVIII. Nesses locais, eram recolhidos “os vagabundos, os ociosos, os ladrões e os autores de delitos menores” (BITENCOURT, 2012, p. 1270), tendo como finalidade a reforma dos delinquentes por meio do trabalho e da disciplina.

Além do mais, conforme esclarece Bitencourt (2012, p. 1270), as “Casas de Correção” tinham “objetivos relacionados com a prevenção geral, já que pretendia desestimular outros da vadiagem e da ociosidade”.

Além da Inglaterra, devido ao alto grau de desenvolvimento do capitalismo, surge na Holanda estabelecimentos prisionais para homens (*Tuchthuis*) e para mulheres (*Rasp-huis*), em 1596 e 1597, respectivamente, que buscavam prender, assim como na Inglaterra, os vagabundos, os ociosos, os ladrões e os autores de delitos menores, tendo como cumprimento de pena o trabalho do preso, “visando a

transformar a força de trabalho daqueles condenados considerados indesejáveis, em algo socialmente útil” (GRECO, 2021, p. 103).

Para Greco (2021, p. 103), o modelo prisional holandês do ano de 1596 (os *Tuchthuis*) “foi uma das primeiras casas de reforma no mundo e serviu de protótipo para as penitenciárias existentes hoje em dia”.

No século XVIII até o século XIX, novos sistemas penitenciários foram sendo desenvolvidos sob a perspectiva dos pensamentos iluministas, de modo que a busca pela dignidade da pessoa humana ingressou, agora, na reforma das prisões, razão pela qual se buscou, nesse período, a eliminação de castigos desnecessários, as torturas e, portanto, qualquer tipo de tratamento desumano daquele que ingressasse nas prisões (GRECO, 2021).

Dessa forma, como herança desse período histórico, o século XX, bem como o século XXI, ficaram marcados

“Por tentativas de fazer com que o condenado, após o cumprimento de sua pena, pudesse voltar ao convívio em sociedade. A busca pela ressocialização fez com que fossem implementadas, em muitos países, políticas prisionais destinadas à capacitação do egresso, permitindo-lhe, ao sair do sistema, buscar ocupação lícita” (GRECO, 2021, p. 105).

### **3.2 Os presídios não cumprem as finalidades da pena**

Primeiramente, é importante frisar que no início deste trabalho foram apontadas as teorias acerca das funções da pena para que fique mais fácil abordar as críticas e as falhas do sistema prisional, principalmente no que diz respeito aos efeitos que os condenados sofrem quando cumprem a pena nesses locais.

De acordo com Greco (2021, p. 234):

“Apontar as funções que devem ser atribuídas às penas auxiliará a crítica sobre o sistema prisional. Isto porque, dependendo da postura que se adote, algumas exigências serão deixadas de lado. Assim, por exemplo, se uma das finalidades é a efetiva ressocialização do condenado, o sistema prisional deve estar preparado para cumpri-la. Por outro lado, se a ideia é a de somente visualizar a aplicação da pena de privação de liberdade como retribuição ao mal praticado pelo agente, o discurso prisional será outro”.

Nesse viés, destaca-se, novamente, que, no Brasil, a pena privativa de liberdade, no que diz respeito, especialmente, ao condenado, tem a finalidade, em teoria, de prevenir futuros delitos, seja pela neutralização do condenado através de

sua prisão (prevenção especial negativa), seja pela sua ressocialização, com o intuito de inseri-lo de volta na sociedade, de modo a prevenir que este volte a cometer delitos quando em liberdade (prevenção especial positiva). No entanto, o que se vê na prática não se aproxima do discurso teórico.

Dessa forma, serão abordados, em seguida, os principais problemas que a pena privativa de liberdade, executada nos presídios, exerce sobre o detento, de modo que o foco será, para fins deste trabalho, em apontar a incompatibilidade, sobretudo, entre o atual sistema prisional brasileiro e a teoria da prevenção especial, tanto no seu aspecto negativo quanto no seu aspecto positivo.

### **3.2.1 A prevenção especial negativa**

Com efeito, no que diz respeito a sua função de prevenção especial negativa, que tem como objetivo precípua a neutralização do condenado a fim de que este não cometa mais crimes durante o período em que estiver preso, a pena privativa de liberdade não logra êxito em cumpri-lo. Isso porque o sistema prisional não impede que o detento pratique delitos, ainda que no interior dos presídios. Nas palavras de Bozza (2015, p. 136):

“O sujeito que é inserido no sistema penal deixa de praticar delitos apenas em meio às pessoas que estão em liberdade. No entanto, até por uma questão de sobrevivência, aprende a praticar os delitos típicos da situação daqueles que estão encarcerados: uso de entorpecentes, lesões corporais em pessoas de gangues rivais, pequenas fraudes para que agentes penitenciários permitam maior flexibilização no sistema de disciplina, etc.”

Ainda, em países subdesenvolvidos e em desenvolvimento como o Brasil, durante as rebeliões que ocorrem nos presídios, é comum que presos pratiquem crimes horrendos uns contra os outros, como homicídios e até mesmo torturas (GONZAGA, 2020).

Outrossim, como assevera Greco (2021), além das situações acima mencionadas, é comum que chefes de organizações criminosas continuem a comandá-las de dentro dos presídios, ordenando que crimes sejam cometidos dentro e fora deles. Tudo isso evidencia a incapacidade do sistema prisional de impedir a prática de crimes intramuros e, em certos casos, até mesmo extramuros.

Como se não bastasse, a ideia de isolar um indivíduo que cometeu um crime para impedi-lo de cometer mais delitos, não diminui a prática da maior parte dos crimes na sociedade, pois este indivíduo, quando preso, rapidamente é substituído por outro, fazendo com que o nível de criminalidade não diminua. Segundo Vanzolini (2021, p. 64):

“Em grande parte do mercado da ilegalidade, entrelaçado que é no próprio tecido social e com causas que nele entranham raízes profundas, os contraventores individuais são fungíveis e se alguém é temporária ou permanentemente afastado é rapidamente substituído por outro, de forma que, independentemente dos atores, a encenação prossegue sendo exatamente a mesma (vejam os resultados das cruzadas modernas no estilo *war on drugs*, que se convertem em um infinito e embaraçoso enxugar de gelo – infelizmente com muitas vítimas)”.

Dessa forma, em que pese o discurso teórico, a prevenção especial negativa enfrenta, entre outros, esses principais problemas acima apontados que são, em suma: i) a incapacidade do sistema prisional de evitar que crimes sejam praticados dentro dos presídios; ii) a incapacidade do sistema prisional de evitar que ordens sejam emanadas de dentro dos presídios para que crimes sejam cometidos fora deles; e iii) a ineficácia que isolar um indivíduo possui para fim de diminuir a criminalidade, vez que o condenado, quando preso, rapidamente é substituído por outro.

### **3.2.2 A prevenção especial positiva**

No que se refere à teoria da prevenção especial positiva, a pena privativa de liberdade, da mesma forma, ou até de maneira mais evidente, não cumpre sua função de ressocializar o egresso, de modo a inseri-lo de volta na sociedade, prevenindo que este volte a cometer delitos.

Com efeito, concordando com Greco (2021), quando se fala em ressocialização, pergunta-se, como pode querer ressocializar o preso se, durante o cumprimento da pena, ele estará praticamente afastado do convívio em sociedade? Nas palavras de Greco (2021, p. 198), “ressocializar, retirando o homem do meio social, parece um contrassenso”.

Nesse sentido, Bozza (2015, p. 66) afirma que não é possível a ressocialização do detento quando este encontra-se segregado da sociedade, pois:



“A prisão é um lugar criminógeno, voltada à educação ao crime. Assim, punição e educação são incompatíveis, assim como liberdade (treinamento para a vida em sociedade) e privação de liberdade. Diante disso, a única coisa que se espera da prisão é que seja o mínimo possível dessocializante”.

No sentido do exposto, Bozza (2015) destaca o fenômeno da prisionização que ocorre nos detentos em decorrência de sua prisão. O autor afirma que neste local, o detento aprende novos valores em detrimento aos valores que regem a vida em sociedade, criando nele efeitos sociais negativos, principalmente quando, no futuro, estiver em liberdade, como o rótulo de criminoso, por exemplo, e, conseqüentemente, a redução das chances de uma integração social. Portanto, conclui o autor que a prisão é uma instituição deteriorante, que não possui as condições de ressocializar o detento.

Concordando com o efeito dessocializador da prisão e o descompasso entre o discurso da ressocialização e a realidade, Vanzolini (2021, p. 59/60) elenca algumas conseqüências negativas que esse ambiente causa ao egresso:

“(...) a desclassificação social objetiva, que reduz as chances de futuro comportamento legal; formação subjetiva de autoimagem de criminoso habituado à punição; desintegração social do condenado provocada pela perda do trabalho, laços familiares, afetivos e sociais; deformações psíquicas e emocionais produzidas pela subcultura da prisão; processo de desculturação, ou seja, desaprendizado de valores e normas da convivência social e aculturação, ou aprendizado de valores e normas de sobrevivência na prisão e, como conseqüência de tudo isso, a seletividade desencadeada pela prognose negativa da condenação anterior, vale dizer, o mecanismo de retroalimentação representado juridicamente pela reincidência, que é diretamente proporcional ao tempo de prisão, tudo isso é sabido e consabido”

Como se não bastasse, o sistema prisional brasileiro encontra-se em situação precária e tem de enfrentar inúmeros problemas operacionais, que proporcionam aos detentos tratamento indigno e humilhante, o que dificulta ou, até mesmo, impossibilita a ressocialização do detento. Aliando-se a isso, destaca Greco (2021, p. 2021):

“O relatório do Comitê da ONU contra a tortura concluiu pela superlotação dos presídios brasileiros, ausência de comodidade e a falta de higiene das prisões, falta de serviços básicos e de assistência médica adequada e, em especial, a violência entre os detentos pelos abusos sexuais”

Em meio aos problemas enfrentados pelo sistema prisional, está o da sua superlotação, de modo que é comum que esses estabelecimentos ultrapassem em várias vezes sua capacidade populacional. Isso ocasiona, segundo Greco (2021), o aumento da probabilidade de graves e sérios problemas no sistema, como as rebeliões por exemplo. Dessa forma, pode-se afirmar que a superlotação da população carcerária é o principal problema das prisões, pois dele advém outros problemas até mais graves.

Outro problema grave diz respeito ao direito às visitas que o detento possui, pois, em que pese serem muito importantes para ele, haja vista que o proporciona a esperança de voltar a viver em sociedade, vez que nessa ocasião o egresso tem a oportunidade de manter contato com seus amigos e familiares, elas nem sempre ocorrem ou, se ocorrem, é com pouca frequência.

Isso porque, devido à precariedade ou a falta de equipamentos adequados, muitas vezes, os visitantes têm de passar por uma revista vexatória, o que acaba fazendo com que diminuam a frequência de suas visitas. Ainda, muitas vezes os detentos são transferidos para presídios distantes do local onde moravam quando em liberdade, dificultando ainda mais o contato com seus amigos e familiares (GRECO, 2021).

Ademais, outro agravante dessa situação lamentável que se encontra os presídios brasileiros, pode-se destacar a falta de atendimento e tratamento médico adequado, o que faz com que, segundo Greco (2021, p. 181) seja extremamente alto o

“número de portadores de doenças contagiosas, como as doenças de pele, tuberculose, AIDS, sem falar no fato de que pessoas portadoras de doenças mentais são jogadas no cárcere, por ausência de vagas em manicômios judiciais, agravando seu quadro em virtude de não receberem tratamento adequado”

Outro problema sério é a falta de critério e de fiscalização quando da segregação entre os presos considerados perigosos e aqueles considerados não perigosos. Isso faz com que estes que tiveram contato com aqueles, quando saírem da prisão, coloquem em prática aquilo que aprenderam no cárcere, aumentando as chances de serem presos novamente (GRECO, 2021).

Finalmente, outro grave problema é a forma que os detentos são tratados nas prisões. Nesse viés, frisa-se que, nesses locais, muitas vezes, os detentos são

tratados de forma cruel e desumana, sendo constantemente agredidos, subjugados e torturados pelos próprios presos ou, até mesmo, por uma pequena parcela de agentes penitenciários criminosos que agem dessa forma como forma de “vingança informal do Estado” (GRECO, 2021).

Nesse sentido, assevera Gonzaga (2020, p. 131):

“É explícito que o preso no Brasil passa por sevícias e as mais variadas humilhações no sistema penal, sendo também vítima do próprio sistema, onde as atrocidades podem até ser maiores do que nos casos ocorridos fora das penitenciárias (estupro por parte de outros presos etc.)”

Todos esses problemas elencados causam nos detentos um sentimento de revolta e de vingança pelos maus sofridos quando dentro do sistema prisional, além de dificultar ou tornar quase nula a possibilidade do egresso ressocializar-se e voltar a viver em sociedade sem que pratique mais crimes. Ao contrário, esses problemas enfrentados pelos detentos acabam gerando reincidência e, conseqüentemente, o aumento da criminalidade. Conforme assevera Gonzaga (2020, p. 131), nos presídios

“(...) o criminoso somente sente o efeito retributivista do Direito Penal, o que causa nele espécie e vontade de vingar os abusos sofridos nas mãos do Estado dentro dos presídios, seja por meio de agressões e sevícias feitas por outros presos, seja por meio da humilhação perpetrada pelos agentes penitenciários. Esse fator incute no preso uma vontade de delinquir para compensar aquilo que sofreu sob a custódia estatal”

Além disso, outra crítica que a teoria da prevenção especial positiva sofre diz respeito aos detentos que não precisam ser ressocializados, ou seja, aqueles que possuem “nível superior, formação acadêmica, intelectual e profissional invejáveis” (GRECO, 2020, p. 357).

Nas palavras de Bitencourt (2012, p. 319), esse seria aquele delinquente que “apesar da gravidade do fato delitivo por ele praticado, não necessite de intimidação, reeducação ou inocuização, em razão de não haver a menor probabilidade de reincidência (...)”.

Nesses casos em particular, Greco (2021) preleciona que a ressocialização tem de possuir a finalidade de despertar nesses delinquentes a consciência de que, quando voltar em liberdade, não irá delinquir novamente. Ou seja, para o autor, a esses delinquentes, quando presos, devem ser fornecidos cursos ou palestras que

evidenciam os malefícios do crime, de modo a incutir neles o apreço pela sua liberdade.

Ainda assim, por se tratar de indivíduos que nunca foram dessocializados, isso seria uma tarefa quase impossível dado os problemas enfrentados pelo sistema prisional brasileiro (acima elencados), de modo que, para eles, a prisão somente teria o caráter segregador, o que os levaria à impunidade (BITENCOURT, 2012).

Por fim, para Bitencourt (2012), os argumentos acerca da ineficácia da pena privativa de liberdade para fim de ressocializar ou reabilitar o condenado podem ser resumidos em dois: i) o primeiro diz respeito ao próprio ambiente da prisão, que, por ser antinatural, impossibilita a ressocialização e a reabilitação do detento, ou seja, a prisão essencialmente impossibilita a realização desses objetivos; e ii) o segundo diz respeito às condições precárias de operação dos presídios e a insuficiência de matéria humana capacitada nesses locais, e está ligado à falta de atenção da sociedade e, principalmente, dos governantes para os objetivos de ressocialização e de reabilitação do detento, o que impossibilita, outrossim, alcança-los.

#### 4 POSSÍVEIS SOLUÇÕES À CRISE DA PENA DE PRISÃO

Como se vê, a pena privativa de liberdade executada no sistema prisional atual não cumpre o seu papel preventivo, tanto em seu aspecto especial negativo, quanto em seu aspecto especial positivo. Na verdade, a pena privativa de liberdade, pelos motivos acima citados, deteriora e dessocializa o indivíduo, tornando pouco provável ou, até mesmo, impossível a sua ressocialização e a sua reintegração social.

Dessa forma, restou claro que os motivos que levaram a pena privativa de liberdade ao seu apogeu no século XIX, sobretudo porque se acreditava que a prisão seria o meio adequado para reformar o delinquente e trata-lo de forma mais humana possível, atualmente, não se sustentam, razão pela qual o sistema prisional sofre, hoje, duras críticas. Neste viés, acentua Bitencourt (2012, p. 1291):

“A crítica tem sido tão persistente que se pode afirmar, sem exagero, que a prisão está em crise. Essa crise abrange também o objetivo ressocializador da pena privativa de liberdade, visto que grande parte das críticas e questionamentos que se fazem à prisão refere-se à impossibilidade – absoluta ou relativa – de obter algum efeito positivo sobre o apenado”

Portanto, evidentemente, o grande problema da pena de prisão, gira em torno das consequências negativas que ela causa ao detento, de modo que as penas de curta duração, principalmente, mas não só elas, devem ser evitadas sempre que for possível, pois não punem e, muito menos, não ressocializam o detento – ao contrário, dessocializam-no (BITENCOURT, 2012).

Nesse contexto, nos dias de hoje, o discurso que impera sobre o sistema prisional atual diz respeito à sua reforma, seja pelo aperfeiçoamento da pena privativa de liberdade ou, até mesmo, a sua substituição nos casos recomendáveis. Sobre isso, afirma Bitencourt (2012, p. 1299):

“As inquietações que não se limitam às penas curtas de prisão foram o início da busca de modernas alternativas às sanções penais. Os especialistas dedicam um longo esforço na tentativa de encontrar alternativas que permitam, pelo menos, minimizar o encarceramento de delinquentes, exceto daqueles para os quais resulte indispensável”

Antes de adentrar na seara política-criminal, é importante frisar que o Direito Penal, não possui a capacidade, por si só, de prevenir futuros delitos. A prevenção

de delitos somente logra êxito quando são aplicadas, conjuntamente, medidas políticas e sociais, seja visando, preferencialmente, o momento anterior à prática do delito, através de programas sociais, seja visando o momento posterior a sua prática, como a efetiva ressocialização do infrator (GRECO, 2021).

Ocorre que, na sociedade atual, muito por conta dos meios de comunicação, (através de jornais sensacionalistas, por exemplo) prepondera a falsa noção de que o Direito Penal consegue, através da criação de novos tipos penais ou do aumento das penas daqueles já existentes – a fim de atender a opinião pública –, conter o avanço da criminalidade, o que acaba gerando, na verdade, uma inflação legislativa, o que, ao contrário do que se imagina, dificulta o combate à criminalidade. Como esclarece Greco (2021, p. 269):

“Esse é um discurso falacioso, mentiroso. Desde Beccaria, já se havia concluído que não era pelo recrudescimento das leis que o Direito Penal seria respeitado, mas sim pela certeza absoluta de que, se fosse a lei descumprida, certamente o infrator seria punido”

Na verdade, para Greco (2021), esse clamor popular pela criação de novas leis penais e do recrudescimento daquelas já existentes acontece devido à criminalidade que ganha os noticiários todos os dias. A esse tipo de criminalidade, o autor chama de violenta ou aparente, ou seja, são as infrações penais que são cometidas por pessoas que pertencem às camadas sociais mais baixas, mas, por ganharem os noticiários todos os dias, causam intenso temor à população, a qual deseja que esses crimes sejam severamente punidos.

É o que acontece, por exemplo, com as infrações patrimoniais, ou aquelas que ofendem a integridade física, a saúde ou a vida das pessoas, ou, ainda, aquelas praticadas contra a liberdade sexual, bem como o tráfico de drogas, as quais, inegavelmente, são mais praticadas no dia a dia. Sobre esse tipo de criminalidade, aduz Greco (2021, p. 265) que ela

“(…) somente existe em razão da impotência do Estado em gerir a coisa pública. A incapacidade do Estado de fazer diminuir o abismo econômico existente entre as classes sociais permite o surgimento de um espírito de revolta que, com sua própria força, tenta, a todo custo, diminuir as desigualdades. O problema desse tipo de criminalidade é de natureza eminentemente social (...)”

Todavia, Greco (2021) esclarece que também existe a criminalidade organizada, tida como oculta, mas que, na verdade, é ainda mais grave do que a primeira, pois é praticada por membros das camadas sociais mais elevadas e os danos causados atingem inúmeras pessoas, como é o caso da corrupção.

No entanto, como nesse caso não há sangue, ao contrário do que ocorre nas infrações penais violentas ou aparentes, a sociedade parece tolerá-las mais. Na criminalidade oculta, diferentemente do que ocorre na criminalidade aparente, o problema daqueles que a pratica “(...) se encontra na índole, no caráter daquele que comete a infração penal” (GRECO, 2021, p. 265), não se tratando de nenhum problema de desigualdade social.

Dessa forma, voltando ao aspecto da prevenção de crimes, nesse contexto, é inegável que, se se quer reduzir o impacto negativo que o encarceramento traz aos condenados, bem como evitar a punição desnecessária de indivíduos que, normalmente, pertencem às classes sociais mais baixas, deve “(...) o Estado assumir a sua função social, diminuindo o abismo econômico existente entre as classes sociais” (GRECO, 2021, p. 267).

Além disso, deve o Estado adotar uma postura política-criminal minimalista, de modo a focar na punição mais severa – a privação de liberdade –, aos indivíduos que praticam crimes mais graves, como, por exemplo, os crimes organizados (criminalidade oculta) e, evidentemente, os crimes mais graves e violentos que sejam praticados por indivíduos realmente perigosos.

#### **4.1 Minimalismo penal**

Nesse contexto, devido às duras críticas recebidas pelo sistema penal atual, surgiu a corrente política-criminal do minimalismo penal, desenvolvida pela Escola criminológica denominada, justamente, de Escola Minimalista. Segundo Gonzaga (2020, p. 137), tal Escola concluiu que o crime é um fenômeno social e de difícil solução, de modo que restou inegável que

“(...) o Direito Penal falhou no combate a ele, devendo ser utilizado apenas para os delitos mais graves, ficando a cargo dos demais ramos do Direito (Civil e Administrativo, por exemplo) o tratamento de condutas mais brandas”.

Com efeito, partindo desse pressuposto, Greco (2021) esclarece que o minimalismo penal se baseia, fortemente, no princípio do Direito Penal da intervenção mínima, o qual pode ser dividido em duas vertentes, a depender do enfoque que ele possui.

Assim, para aludido autor, a primeira vertente desse princípio, que deve servir de orientação ao legislador, conclui que o Direito Penal deve ser utilizado para proibir determinadas condutas sob a ameaça de uma sanção, somente através da tipificação de comportamentos que violam, de forma grave, os bens jurídicos de maior importância para os membros de uma comunidade, ou seja, aqueles considerados vitais e essenciais ao convívio em sociedade.

Dessa forma, para a criação de tipos penais, deve-se levar em consideração a proteção de bens jurídicos relevantes, aos quais outros ramos do Direito não sejam suficientes para protegê-los. Além disso, deve-se levar em consideração, também, para a tipificação penal, comportamentos que atinjam bens de terceiros, e não a figura do próprio agente, e que sejam, ainda, reprovados pela sociedade. Nas palavras de Greco (2021, p. 276):

“Na tarefa de proteção dos bens jurídicos vitais e necessários ao convívio em sociedade, o legislador, encarregado da seleção desses bens, deve considerar como princípios norteadores da sua atividade a chamada intervenção mínima do Direito Penal, ressaltando-se a sua natureza subsidiária, bem como a lesividade e a inadequação social do comportamento que se quer proibir ou impor sob a ameaça de uma sanção”

Já a segunda vertente do princípio da intervenção mínima, volta-se ao caráter subsidiário do Direito Penal. Ou seja, por ser a intervenção penal uma medida muito drástica, que envolve a privação de liberdade do agente, ela deve ocorrer somente quando todos os outros ramos do Direito se mostrarem insuficientes para reprimir determinada conduta, servindo o Direito Penal, nesses casos, como “ultima ratio”. Segundo Greco (2021, p. 280):

“Tal raciocínio faz-se mister em visão minimalista do Direito Penal, uma vez que, se outros ramos do ordenamento jurídico demonstrarem que são fortes o suficiente na proteção de determinados bens, é preferível que tal proteção seja por eles levada a efeito, no lugar da drástica intervenção do Direito Penal, com todas as suas consequências malélicas, a exemplo do efeito estigmatizante da pena, dos reflexos que uma condenação traz sobre a família do condenado etc.”



Nesse viés, é sabido que o maior problema do sistema prisional atual é a superlotação carcerária, tendo em vista que dela advém outros problemas, como a falta de atendimento e tratamento médico adequado, bem como a falta de critério e de fiscalização quando da segregação entre os presos considerados perigosos e aqueles considerados não perigosos.

Todavia, a adoção de uma política criminal minimalista tende a diminuir a quantidade de presos no sistema prisional, uma vez que, atualmente, muitos deles encontram-se presos por crimes que não são considerados graves, os quais os levam ao presídio e, nesse local, acabam subvertendo sua personalidade, tornando-se, assim, criminosos costumazes (GRECO, 2021).

Dois exemplos importantes da adoção de posturas minimalistas na legislação penal brasileira são os Juizados Especiais Criminais, implantados pela Lei nº 9.099/95, em seu artigo 60, e o acordo de não persecução penal, mais recente, trazido pela Lei nº 13.964/19, que acrescentou o artigo 28-A ao Código de Processo Penal.

Esses institutos do Direito Penal, por tratarem de infrações penais mais leves – vez que os Juizados Especiais Criminais julgam crimes de menor potencial ofensivo, aplicando ao infrator somente penas não privativas de liberdade ou multa –, e o acordo de não persecução penal – por se tratar de uma “Justiça negociada”, que permite que o Ministério Público deixe de oferecer a denúncia nos casos previstos em aludido artigo do Código de Processo Penal –, possuem o condão de afastar do sistema prisional inúmeros infratores que praticaram crimes cuja pena de prisão seria desnecessária (GRECO, 2021).

Ademais, é importante salientar que, ainda que se adote uma postura minimalista, ainda existirá a pena privativa de liberdade, porém tal medida somente deverá ser adotada pelo Estado nos casos realmente graves, aos quais não se vislumbrou outra alternativa. Conforme assevera Greco (2021, p. 288):

“O que o minimalismo pretende, na verdade, é eleger prioridades. O Direito Penal não se presta a resolver todos os problemas sociais. Por outro lado, há casos graves, que exigem uma resposta também grave por parte do Estado. Nesses casos, a pena, como se percebe, deverá ter um efeito dissuasório tanto com relação àquele que praticou o delito (prevenção especial), como com relação às demais pessoas (prevenção geral), desmotivando-as a praticar o comportamento incriminado”

Portanto, a postura penal minimalista evita que criminosos que não são considerados perigosos ou costumazes que praticaram crimes não graves sejam presos desnecessariamente, aplicando-lhes penas diversas da prisão, bem como permite que o Estado foque na punição mais severa – por meio da privação de liberdade –, aos criminosos considerados perigosos ou costumazes que praticaram crimes graves.

#### **4.2 As penas restritivas de direito**

Como já dito, devido ao fracasso da pena privativa de liberdade em relação ao efetivo cumprimento de seus objetivos declarados, tornou-se irremediável a busca por soluções ao encarceramento em massa, sobretudo de condenados às penas de curta duração, que praticaram pequenos delitos, aos quais a pena privativa de liberdade seria prescindível, haja vista a desnecessidade de sua ressocialização e de sua segregação social.

Nesse viés, surgiu na Rússia, em 1926, segundo Bitencourt (2012), uma das primeiras penas alternativas à pena de privação de liberdade: a pena de prestação de serviços à comunidade. Todavia, a principal influenciadora para que esse instituto fosse adotado por outros países foi a Inglaterra, que obteve, em 1972, o mais bem-sucedido exemplo de trabalho comunitário como medida alternativa à prisão. Nas palavras de Bitencourt (2012, p. 1424/1425):

“O êxito obtido pelos ingleses influenciou inúmeros países, que passaram a adotar o instituto, ainda que com algumas peculiaridades distintas, como por exemplo Austrália (1972), Luxemburgo (1976), Canadá (1977); e, mais recentemente, Dinamarca e Portugal, desde 1982, França, desde 1983, e Brasil, com sua reforma de 1984, sendo que, nos dois últimos, o trabalho comunitário pode ser aplicado como sanção autônoma e também como condição no sistema de sursis”

Atualmente, como se vê, o instituto das penas alternativas encontra-se presente em grande parte dos países do Ocidente, sendo que na maioria deles a finalidade de sua aplicação é a mesma. Em resumo, nas palavras de Greco (2021, p. 330): “A finalidade da aplicação das penas alternativas, portanto, é punir o agente que praticou a infração penal, evitando a sua desnecessária segregação, permitindo, enfim, que ele permaneça, ‘extra muros’, convivendo em sociedade”.

Os problemas do sistema prisional já foram intensamente discutidos nesse presente trabalho, porém, convém ressaltar, nesse momento, que a prisão não é o local adequado para a ressocialização. Ao contrário, nela o condenado que não precisa ser ressocializado tem sua personalidade subvertida, além de sofrer com o estigma do sistema prisional e com o fenômeno da prisionização, os quais dificultam ou, até mesmo, impossibilitam a sua reintegração social.

Tais sequelas, todavia, não ocorrem aos condenados às penas alternativas, as quais não os submetem às mazelas do sistema prisional, tendo em vista que lhe é afastada a pena de privação de liberdade. Por essa razão, afirma Greco (2021, p. 326):

“Não podemos nos esquecer que a condenação criminal traz sequelas terríveis para o egresso; este passará a ser estigmatizado pela sociedade que, dificilmente, voltará a acolhê-lo. No entanto, quando alguém, mesmo que condenado criminalmente, não é jogado no cárcere, ou seja, não cumpre sua pena ‘intramurus’, a estigmatização no que diz respeito à sua pessoa é infinitamente menor”

Além disso, segundo Greco (2021), as penas alternativas possuem muitos outros benefícios se comparadas à pena privativa de liberdade, pois permite a ressocialização do condenado, que permanece convivendo em sociedade, principalmente mantendo seu vínculo com amigos e familiares, bem como seu emprego.

Como se não bastasse, o autor ainda afirma que o índice de reincidência é menor entre os condenados às penas alternativas do que aqueles condenados à pena de privação de liberdade. Por fim, as penas alternativas podem proporcionar, além de tudo, a reparação do dano sofrido pela vítima do delito, desde que isso seja condicionado para a sua concessão.

No Brasil, também existem as penas alternativas à pena de privação de liberdade, as quais são denominadas de penas restritivas de direitos e estão elencadas no artigo 43, incisos I a VI, do Código Penal, de modo que a maior parte delas foram incluídas neste Código pela Lei nº 9.714/98, sob o escopo de uma “política criminal descarcerizadora e despenalizadora” (BITENCOURT, 2012, p. 1525). São elas: I - prestação pecuniária; II - perda de bens e valores; III - limitação de fim de semana; IV - prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; V - interdição temporária de direitos; VI - limitação de fim de semana.

Por se tratar de medida alternativa à prisão, o legislador brasileiro criou alguns requisitos, de ordem objetiva e subjetiva, que devem estar presentes ao mesmo tempo, para que o magistrado considere a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, a fim de assegurar que tal medida não seja banalizada e tratada como regra, bem como para que ela seja aplicada aos condenados a quem a segregação no sistema prisional seja realmente desnecessária.

Nesse sentido, dentro dos requisitos objetivos estão a (i) quantidade de pena aplicada (que não deve ser superior a quatro anos), (ii) a natureza do crime cometido, de modo que os crimes culposos são privilegiados, pois, nestes casos, a pena de privação de liberdade pode ser substituída independentemente da quantidade de pena aplicada, e (iii) a modalidade de execução, tendo em vista que somente os crimes sem violência ou grave ameaça à pessoa são beneficiados com a substituição (BITENCOURT, 2012).

Por sua vez, dentro dos requisitos subjetivos estão a (i) não reincidência do réu em crime doloso, porém, se a substituição, em que pese a reincidência do réu, ainda for socialmente recomendável a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, o magistrado poderá fazê-la, sendo a reincidência específica o único óbice absoluto à aludida substituição, e (ii) quando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente – no sentido da prevenção especial da pena (BITENCOURT, 2012).

Todos os requisitos acima apresentados estão presentes no artigo 44, incisos I, II e III, do Código Penal, sendo que todos foram incluídos neste Código, também, pela Lei ° 9.714/98.

Portanto, as penas alternativas – ou penas restritivas de direitos, no Brasil –, têm o condão de evitar o encarceramento desnecessário – e, por óbvio, as consequências negativas que isso traria ao egresso –, razão pela qual existem os supracitados requisitos previstos no Código Penal para que aquelas sejam aplicadas, tendo em vista que a regra, ainda, é a pena de privação de liberdade, embora ela deva ser voltada aos criminosos costumazes e àqueles que praticaram crimes graves.

Desse modo, restou inegável que as penas alternativas são uma solução, ainda que parcial, ao encarceramento em massa, principalmente às consequências negativas que o sistema prisional proporciona ao egresso e à sociedade, sobretudo porque aquelas são voltadas, como já dito, aos condenados às penas de curta duração, que praticaram pequenos delitos, aos quais a pena privativa de liberdade seria prescindível, haja vista a desnecessidade de sua ressocialização e de sua segregação social.

#### **4.4 Abolicionismo penal**

Quanto ao abolicionismo penal, primeiramente, convém ressaltar que, segundo Gonzaga (2020), o pensamento abolicionista surgiu com a Escola criminológica denominada de Escola Abolicionista, tendo como Hulsmann seu principal mentor. Resumidamente, Bozza (2015, p. 171) afirma que os autores abolicionistas, como o próprio Hulsmann, questionam a legitimidade do Estado em exercer o poder punitivo devido ao

“(...) descompasso entre o discurso oficial e a prática nefasta do sistema prisional, e pelo fato de o sistema repressivo do Estado gerar mais problemas do que os resolver, sendo um fato de aumento da criminalidade, e não de sua redução, apresentando-se altamente seletivo ao escolher sua clientela e causando sofrimento desnecessário”.

No mais, os pensadores abolicionistas tecem duras críticas ao Direito Penal, sobretudo à teoria utilitária da pena – prevenção geral e especial –, alegando que ela não satisfaz, na prática, os fins a que, em tese, se destina. Outrossim, as críticas são voltadas à problemática do encarceramento em massa e à superlotação dos presídios – como acontece no Brasil –, consequência de um Direito Penal máximo, proveniente de uma política criminal de lei e ordem, o que desencadeia inúmeros outros problemas (já abordados, anteriormente, por este trabalho).

Nesse contexto, segundo Gonzaga (2020), os abolicionistas afirmam que os efeitos da prevenção geral (sobretudo em sua função exemplificadora) que, na teoria, a pena possui, são quase nulos, tendo em vista que os indivíduos que cometem crimes de “colarinho-branco” – como exemplo mais evidente no Brasil – raramente sofrem com a aplicação da pena, sendo que outros nem sequer são

punidos, de modo que isso acarreta na sensação de impunidade perante à sociedade.

Da mesma forma, como restou intensamente demonstrado ao longo desse trabalho, a pena privativa de liberdade, da mesma forma, não cumpre com seu papel de prevenção especial, principalmente em seu caráter positivo, pois, ao segregar o indivíduo da sociedade a fim de ressocializá-lo – além de carecer de lógica –, o sistema prisional acaba deteriorando-o e, ainda, atuando como “escola do crime” (GONZAGA, 2020), o que gera, portanto, maior reincidência e, até mesmo, o aumento da criminalidade.

Por esse motivo, afirma Pavan (2016, p. 106):

“A função que se dá à pena é uma das principais responsáveis pela crise atual do sistema carcerário. A ressocialização proposta dá-se por meio da segregação dos indivíduos, de modo que estes devem ser excluídos da sociedade, a fim de que sejam educados, para então voltarem a ela. O movimento abolicionista propõe uma política criminal alternativa, fornecendo elementos que possibilitariam a redução do sistema penal e, conseqüentemente, do sistema carcerário”

Além disso, como já mencionado, Bozza (2015) afirma que os pensadores abolicionistas questionam a legitimidade do Estado para punir o indivíduo. Isso porque deve ser esclarecido que um ato não é, por si só, criminoso, mas assim passa a ser considerado quando o Estado decide tratá-lo como tal, por meio de sua tipificação penal.

Por conseguinte, ao criar novas infrações penais, o Estado seleciona quem serão os alvos do Direito Penal – e, conseqüentemente, do sistema penitenciário –, observando-se que, na maioria dos casos, esses alvos pertencem às classes menos favorecidas social e economicamente, de modo que o indivíduo que antes não era considerado dessocializado, passará a sê-lo, o que coloca em xeque, mais uma vez, o discurso ressocializador da pena. Nas palavras de Bozza (2015, p. 172):

“(…) partindo-se desta ideia, de que a conduta criminosa depende da criação por parte do Estado, realizando um raciocínio inverso, detecta-se que uma conduta que hoje é considerada um mal à sociedade, amanhã pode não ser. E com isso fragiliza-se o argumento de ressocialização da prevenção especial positiva. A pessoa que hoje comete uma conduta proibida pelo direito penal deve ser ressocializada, e para isso deverá ficar certo tempo detido para se alcançar esse objetivo. Acontece que se amanhã o Estado resolve retirar a proibição de tal conduta, chega-se à conclusão de que o agente não necessita mais dessa ressocialização. Veja-se que o conceito de pessoa socializada ou dessocializada varia de acordo com o direito penal (normatividade), e não ontologicamente”

Como se não bastasse, Gonzaga (2020) afirma que, para os abolicionistas, o Direito Penal já se mostrou falho no combate à criminalidade, isso porque o número de crimes desconhecidos (cifras negras) é muito maior do que o número de crimes que chegam ao conhecimento do Estado (cifras douradas).

Ou seja, como é muito superior o número de infratores que nem sequer são submetidos à intervenção penal exercida pelo Estado do que aqueles que o são efetivamente, restou demonstrada a desnecessidade de interferência do Direito Penal nos demais casos.

Portanto, Gonzaga (2020, p. 162) discorre que a conclusão dos abolicionistas é de que “diante da superioridade de crimes que ocorrem e não são descobertos, surge a ideia de que o Direito Penal estaria sendo totalmente falho e dispensável no combate à criminalidade, o que demandaria sua abolição (...)”.

Sendo assim, o abolicionismo penal propõe que a solução para estes problemas seja a abolição do Direito Penal, sobretudo do instituto da pena privativa de liberdade, por meio de medidas que buscam a sua substituição por formas alternativas de resolução de conflitos, como a proposta feita por Hulsmann, que, resumidamente, propõe “(...) que os conflitos sejam resolvidos pela própria sociedade ou, quando muito, mediante a aplicação da justiça cível ou administrativa” (GRECO, 2021, p. 325).

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou aprofundar-se nas teorias da pena existentes e quais são as suas finalidades, para, em seguida, abordar a crise da pena privativa de liberdade, executada nos presídios, no Brasil.

Isso porque é imprescindível entender as finalidades das teorias da pena antes de verificar se o sistema penitenciário atual é capaz de alcançá-las para, se não for o caso, buscar alternativas para melhorá-lo ou substituí-lo. Além disso, a escassez de pesquisas nesse sentido contribui para a perpetuação dos problemas existentes no sistema carcerário brasileiro.

Diante disso, a pesquisa teve como objetivo geral estudar, de forma aprofundada, quais são as principais teorias da pena existentes no Direito Penal, pontuando qual a teoria adotada pelo Código Penal brasileiro e quais são os seus problemas no momento de sua execução através da privação de liberdade executada no sistema prisional atual.

Assim, verificou-se que, no Brasil, a teoria da pena adotada foi a mista ou unificadora da pena, tendo como enfoque principal no momento de execução da pena nos presídios, a prevenção especial positiva. Todavia, devido ao próprio ambiente da prisão ou, ainda, à precariedade desses estabelecimentos, a ressocialização do egresso torna-se muito improvável ou, até mesmo, impossível.

Para chegar nessa conclusão, definiu-se cinco objetivos específicos. O primeiro deles foi o de resumir a evolução do Direito Penal e da finalidade da pena ao longo do tempo, de modo que se verificou que o Direito Penal, ao longo da história humana, é dividido em três fases, quais sejam, a da “vingança divina”, a da “vingança privada” e a da “vingança pública”. A partir do final desta última fase, que foi marcada pelo Absolutismo e pela brutalidade da aplicação da pena e dos suplícios, as teorias da pena evoluíram e, atualmente, são consideradas como conquistas liberais e iluministas contra às punições cruéis e arbitrarias desse período.

O segundo objetivo específico foi o de verificar quais são as teorias da pena existentes. Com efeito, verificou-se que existem três delas, (i) a teoria absoluta ou retributiva da pena, a qual entende que a finalidade da pena é retribuir ao infrator o mal injusto causado por ele com um mal justo, previsto no ordenamento jurídico,



proporcionalmente, causado pelo Estado; (ii) a teoria relativa ou preventiva da pena, a qual entende que a pena tem uma finalidade utilitária de prevenir futuros delitos, subdividindo-se em prevenção geral ou prevenção especial (ambas possuindo concepções positivas e negativas); e (iii) a teoria mista ou unificadora da pena, a qual entende que a pena possui as finalidades das teorias anteriores, ainda que de maneira dialética, a depender do momento da aplicação do Direito Penal.

O terceiro objetivo específico foi o de expor qual a teoria da pena foi adotada pelo Código Penal brasileiro, de modo que se chegou à conclusão que o Brasil adotou em seu ordenamento jurídico penal a teoria mista ou unificadora da pena. Assim, observou-se que a finalidade de prevenção possui maior destaque, principalmente, em seu caráter positivo, tanto na prevenção especial como na prevenção geral. O primeiro deve ser observado quando da execução da pena, enquanto que o segundo, no âmbito legislativo. A retribuição, por sua vez, deve ser observada somente quando da aplicação da pena, servindo para limitá-la.

O quarto objetivo específico foi o de analisar se a pena privativa de liberdade, executada no sistema prisional atual, cumpre as finalidades de prevenção especial declaradas pela teoria da pena adotada pelo Código Penal brasileiro. Nesse viés, restou evidente que não, seja pelo próprio ambiente da prisão, que, por ser antinatural, impossibilita a ressocialização e a reabilitação do detento, seja pelas condições de precariedade operacional desses estabelecimentos, que, da mesma forma, torna a ressocialização do egresso improvável ou, até mesmo, impossível.

Por fim, o quinto objetivo específico foi o de buscar alternativas ao encarceramento em massa e, conseqüentemente, aos efeitos negativos causados pelo sistema prisional. Dessa forma, concluiu-se que para reduzir esses efeitos o Estado deve desenvolver políticas sociais, visando diminuir a desigualdade social, em conjunto com políticas criminais minimalistas e penas alternativas à prisão, com o intuito de diminuir o encarceramento de indivíduos a quem a pena de prisão seria desnecessária. Além disso, destacou-se o pensamento abolicionista, o qual entende que o Direito Penal deve ser extinguido, sobretudo a pena privativa de liberdade, por meio de medidas que buscam a sua substituição por formas alternativas de resolução de conflitos.

Sendo assim, ao final deste trabalho, constatou-se que, no Brasil, a pena privativa de liberdade, executada no sistema prisional atual, dificilmente alcança as

finalidades de prevenção especial negativa e positiva declaradas pela teoria da pena adotada pelo Código Penal brasileiro, seja por seu ambiente antinatural, seja pela sua precariedade operacional. Chegou-se nesta conclusão a partir do método de pesquisa utilizado, qual seja, o método de pesquisa exploratória bibliográfica tendo como arcabouço elementos contidos em livros de renomados doutrinadores e em artigos publicados em revistas eletrônicas.

O presente trabalho, a princípio, possuía como objetivo abordar todas as problemáticas acerca da teoria da pena adotada pelo Brasil, qual seja, a teoria mista da pena, bem como abordar a sua incompatibilidade entre ela e o sistema prisional atual. No entanto, dada a abrangência do tema e a dificuldade de encontrar bibliografias que tratassem especificamente sobre o assunto, limitou-se a abordar a incompatibilidade entre a teoria da prevenção especial da pena – tanto em seu caráter negativo quanto positivo – e a aplicação da pena por meio da privação de liberdade executada no sistema prisional atual. Dessa forma, outras problemáticas que poderiam ter sido abordadas não o foram, principalmente quanto às finalidades de retribuição e de prevenção geral da pena – tanto em seu caráter negativo quanto positivo – que, em tese, no Brasil, ela também possui.

Por fim, propõe-se para futuros trabalhos que poderiam ser abordados tais problemáticas, de modo a verificar se o Direito Penal, por meio da tipificação penal e da efetiva aplicação da pena, inibe, de fato, a prática de novos delitos. Além disso, outro ponto que poderia ser abordado por trabalhos futuros diz respeito à interpretação do termo “reprovação” presente no artigo 59 do Código Penal brasileiro, e se ele se refere, realmente, à finalidade de retribuição da pena, como muitos doutrinadores brasileiros afirmam.

## REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Paulo M. Oliveira; prefácio de Evaristo de Moraes. 2. ed. São Paulo: EDIPRO, 2015, p. 126.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral, I** [ebook]. 17. ed. São Paulo: Saraiva. Disponível em: <<https://lelivros.love/book/download-tratado-de-direito-penal-parte-geral-1-cezar-roberto-bitencourt-epub-mobi-pdf/>>. 30 set. 2021.

BOZZA, Fábio. **Teorias da pena: do discurso jurídico à crítica criminológica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, 210.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Rio de Janeiro, dez. 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: 17 de julho de 2021.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Institui a Lei de Execução Penal**. Brasília, DF, jul. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm)> Acesso em: 17 de julho de 2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume I, parte geral: (arts. 1º a 120)**. [ebook]. 16. ed. São Paulo: Saraiva. Disponível em: <<https://lelivros.love/book/download-curso-de-direito-penal-vol-1-parte-geral-fernando-capez-em-epub-mobi-e-pdf/>>. 30 set. 2021.

CAPEZ, Fernando. **Direito penal simplificado: parte geral** [ebook]. 15. ed. São Paulo: Saraiva. Disponível em: <<https://lelivros.love/book/download-direito-penal-simplificado-parte-geral-fernando-capez-em-epub-mobi-e-pdf/>>. 30 set. 2021.

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado: parte geral**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018 (Coleção esquematizado / coordenador Pedro Lenza).

FONSECA, João José Saraiva. **Metodologia da pesquisa científica**. Fortaleza: UEC, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 42. ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2014, p. 302.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002

GONZAGA, Christiano. **Manuel de Criminologia**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 344.

GREGO, Rogério. **Código Penal: comentado**. 11. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017, p. 1.930.

GRECO, Rogério. **Sistema Prisional**: colapso atual e soluções alternativas. 6. ed. ver., ampl. e atual. Niterói, RJ: Impetus, 2021. p. 404.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da pena**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016, p. 220.

MASSON, Cleber. **Código penal comentado** [ebook]. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO. Disponível em: <<https://lelivros.love/book/baixar-livro-codigo-penal-comentado-cleber-masson-em-pdf-epub-mobi-ou-ler-online/>>. 30 set. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 17. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 969.

PAVAN, Janaína Fernanda da Silva. **O pensamento abolicionista como solução para o problema do encarceramento**: utopia ou realidade?. Revista Liberdades, IBCCRIM, n. 23, p. 105-115, set.-dez. 2016. Disponível em: <<https://ibccrim.org.br/publicacoes/visualizar-pdf/465/1>>. Acesso em: 30 set. 2021.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**: princípios do direito político. Tradução de Edson Bini. 2. ed. São Paulo: EDIPRO, 2015, p. 127.

VANZOLINI, Patricia. **Teoria da pena**: sacrifício, vingança e direito penal. 1. Ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, p. 192.