

**A JUSTIFICAÇÃO MORAL DA PUNIÇÃO: CONCEPÇÕES JURÍDICO-
FILOSÓFICAS E O CONFRONTO ENTRE O DISCURSO DA LEI E A PRÁTICA DA
PUNIÇÃO BRASILEIRA**

INESSA TROCILO RODRIGUES AZEVEDO

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE FLUMINENSE
DARCY RIBEIRO – UENF
CAMPOS DOS GOYTACAZES – RJ
MARÇO – 2018**

**A JUSTIFICAÇÃO MORAL DA PUNIÇÃO: CONCEPÇÕES JURÍDICO-
FILOSÓFICAS E O CONFRONTO ENTRE O DISCURSO DA LEI E A PRÁTICA DA
PUNIÇÃO BRASILEIRA**

Inessa Trocilo Rodrigues Azevedo

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Cognição e Linguagem do Centro de Ciências do Homem, da Universidade Estadual do Norte Fluminense, como parte das exigências para a obtenção do título de Doutora em Cognição e Linguagem.

Orientador: Prof. Dr. Julio Cesar Ramos Esteves

Coorientadora: Prof^a. Dr^a. Analice de Oliveira Martins

**CAMPOS DOS GOYTACAZES – RJ
MARÇO – 2018**

A JUSTIFICAÇÃO MORAL DA PUNIÇÃO: CONCEPÇÕES JURÍDICO-FILOSÓFICAS E O CONFRONTO ENTRE O DISCURSO DA LEI E A PRÁTICA DA PUNIÇÃO BRASILEIRA

por

Inessa Trocilo Rodrigues Azevedo

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Cognição e Linguagem do Centro de Ciências do Homem, da Universidade Estadual do Norte Fluminense, como parte das exigências para a obtenção do título de Doutora em Cognição e Linguagem.

APROVADA: 14 de março de 2018.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Cristiano Simão Miller (Direito Processual Civil – PUC – SP)
Centro Universitário Fluminense - UNIFLU

Prof^a. Dr^a. Silvia Lúcia dos Santos Barreto (Comunicação – UFRJ)
Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia Fluminense – IFF

Prof^a. Dr^a. Shirlena Campos de Souza Amaral (Ciências Sociais e Jurídicas – UFF)
Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro – UENF

Prof^a. Dr^a. Analice de Oliveira Martins (Estudos de Literatura – PUC – RIO)
Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro – UENF
(Coorientadora)

Prof. Dr. Julio Cesar Ramos Esteves (Filosofia – UFRJ)
Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro – UENF
(Orientador)

Prof. Dr. Carlos Henrique Medeiros de Souza (Comunicação – UFRJ)
(Coordenador do Curso)

A você, minha filha, tenho me dedicado de corpo e alma. Meu tempo, meu suor, meus pensamentos. Meus sorrisos, minhas lágrimas, meus beijos. Minhas inquietações, aspirações e orações. Minhas leituras, pesquisas e madrugadas solitárias. Por um mundo melhor para você e para sua geração. À Alice, toda minha intensidade de mãe, mulher e pesquisadora.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pelo dom da vida, e por diariamente renovar em mim a alegria, a força, a paciência, a perseverança, a fé e o amor.

Ao meu esposo Thiago, agradeço pelo companheirismo, parceria, cuidado, carinho, incentivo, e amor em palavras e gestos. À pequena Alice, minha “Branca Flor”, por me presentear com os melhores sorrisos nos dias de exaustão, por me esperar chegar, por me abraçar, por ser a minha doce menina.

Agradeço aos meus pais, por me amarem tanto e por sempre terem feito tanto por mim: os cuidados, os conselhos, a educação, a simplicidade, as conversas, as orações, a fé, o pão, o café, o amor, o amor, o amor.

Agradeço à minha irmã Issana, pelo otimismo de suas mensagens e palavras, pela cumplicidade e pela paixão que temos em razão de sermos irmãs. Às minhas sobrinhas, Stella e Luna, por tê-las perto de mim e pelo sincero amor que temos. Aos meus familiares, pelo afeto e apoio.

Agradeço à minha amiga Danielle Pussiareli, carinhosamente “Dani”, por ser tão presente em minha vida, por se importar comigo, se interessar em me ouvir e sempre compartilhar uma palavra de amor, esperança e luz. Às amigas, Viviane Bastos e Ione Galoza, pela amizade tão preciosa que temos. À Milena Hygino, pela doçura de sua amizade. Aos meus amigos de trabalho, pelo companheirismo, parceria e projetos realizados. Agradeço à direção e à coordenação da Universidade Iguazu Campus V Itaperuna (UNIG), da Faculdade Santo Antônio de Pádua (FASAP) e da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC), e também aos meus queridos alunos, pela confiança em meu trabalho como docente no curso de Direito.

Agradeço ao meu orientador, Dr. Julio Esteves, pela paciência e generosidade em compartilhar seu conhecimento, e por me acompanhar de forma tão atenciosa e profissional, nessa jornada de doutoramento. Agradeço à minha coorientadora, Dr.^a Analice Martins, pela colaboração na pesquisa, pela preciosa amizade, e por sempre ser inspiração para mim. Aos doutores Cristiano Miller, Silvia Barreto e Shirlena Amaral, pelas contribuições como examinadores. Ao coordenador do Curso de Pós-Graduação em Cognição e Linguagem, Dr. Carlos Henrique, e à Universidade Estadual Norte Fluminense Darcy Ribeiro (UENF), pelo acolhimento nos últimos anos. O doutorado é uma conquista ímpar. Em meu coração transborda gratidão.

“O grau das penas deve ser relativo ao estado da própria nação.” (Cesare Beccaria)

RESUMO

O alicerce desta tese foi construído por meio da interface entre Filosofia, Direito Penal, e uma parte conceitual sobre discurso, dando origem a esta pesquisa interdisciplinar acerca da punição, no contexto jurídico brasileiro. Apresentamos algumas reflexões e respostas para o seguinte questionamento: De que forma se justifica moralmente o Estado infligir um dano, um mal a uma pessoa porque ela cometeu um crime e, a partir desta justificação, qual é o discurso anunciado pela lei sobre a punição e como ela tem sido aplicada, no Brasil? Traçamos o objetivo principal de analisar a justificação moral e a eficiência da punição, a partir das concepções teóricas sobre a finalidade da pena, e o confronto entre o discurso jurídico da lei e a prática da punição. Adotamos a metodologia qualitativa, por meio de um levantamento bibliográfico referente à punição criminal, às teorias absolutas, relativas e mistas, que discorrem sobre a justificação da pena, bem como o estudo dos discursos da lei, anunciados no Art. 59 do Código Penal, e nos artigos 1º e 10 da Lei de Execução Penal, confrontando-os com a aplicação da punição no contexto da prática penal. Consideramos as altas taxas de reincidência criminal, a superpopulação carcerária e a precariedade dos estabelecimentos penais brasileiros como fatores integrantes do que chamamos de “contexto real” da punição-prisão. A pesquisa também tem caráter documental, pois utilizamos os dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) e do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) sobre reincidência, e as Informações Penitenciárias (INFOPEN) sobre a população carcerária e a situação das unidades prisionais. Duas obras clássicas são referências fundamentais da pesquisa: *Vigiar e Punir*, de Michel Foucault, e *Dos delitos e das penas*, de Cesare Beccaria. Outros autores importantes para esta tese interdisciplinar são Immanuel Kant, Eni Orlandi, Rogério Greco e Salo de Carvalho. A pesquisa apresenta as diferenças entre os discursos da lei penal e a prática da execução da pena, e propõe modificações e maior rigidez na legislação penal, para consolidar o aperfeiçoamento da punição brasileira e reconhecer a adoção do discurso retributivo, a partir dos fundamentos do retributivismo kantiano.

Palavras-chave: punição; prisão; direito de punir; retributivismo; discurso.

ABSTRACT

The foundation of this thesis was built through the interface between Philosophy, Criminal Law, and a conceptual part on discourse, giving rise to this interdisciplinary research on punishment, in the Brazilian legal context. We present some reflections and answers to the following question: In what way is it morally justified for the State to inflict harm, an evil on a person because he committed a crime and, from this justification, what is the discourse announced by the law on punishment and how has it been applied in Brazil? We outline the main objective of analyzing the moral justification and the efficiency of punishment, based on the theoretical conceptions about the purpose of the penalty, and the confrontation between the legal discourse of the law and the practice of punishment. We adopted the qualitative methodology, through a bibliographical survey regarding criminal punishment, to the absolute, relative and mixed theories, which discuss the justification of the sentence, as well as the study of the speeches of the law, announced in Article 59 of the Penal Code, and Articles 1 and 10 of the Criminal Enforcement Law, confronting them with the application of punishment in the context of criminal practice. We consider the high rates of criminal recidivism, prison overcrowding and the precariousness of Brazilian penal establishments as factors that are part of what we call the "real context" of punishment-imprisonment. We used data from the Institute of Applied Economic Research (IPEA) and the National Penitentiary Department (DEPEN) on recidivism, and the Penitentiary Information (INFOPEN) on the prison population and the situation of the prison units. Two classic works are fundamental references of the research: *Watch and Punish*, of Michel Foucault, and *Of the crimes and the penalties*, of Cesare Beccaria. Other important authors for this interdisciplinary thesis are Immanuel Kant, Eni Orlandi, Rogério Greco and Salo de Carvalho. The research presents the differences between the discourses of the criminal law and the practice of punishment, and proposes changes and more rigid penal legislation, to consolidate the perfection of Brazilian punishment and to recognize the adoption of retributive discourse, based on the foundations of Kantian retributivism.

Keywords: punishment; prison; right to punish; retributivism; speech.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. – Artigo

CF – Constituição Federal

CP – Código Penal

CNMP – Conselho Nacional do Ministério Público

GOPE – Grupo de Operações Policiais Especiais

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

INFOPEN – Informações Penitenciárias

IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada

LEP – Lei de Execução Penal

MPF – Ministério Público Federal

SEAP – Segurança Pública e Administração Penitenciária de Goiás

UFRJ – Universidade Federal do Rio de Janeiro

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PUNIÇÃO.....	18
1.1 A punição segundo Foucault: do suplício à prisão.....	18
1.2 Beccaria, a justificação da punição e o processo de sua humanização.	24
2 DIREITO PENAL, <i>JUS PUNIENDI</i> E AS TEORIAS DE JUSTIFICAÇÃO DA PUNIÇÃO.....	32
2.1 Noções gerais de Direito Penal.....	32
2.2 O direito de punir no contexto do Direito Penal.....	34
2.3 O direito de punir para a Filosofia.....	37
2.3.1 A doutrina axiológica de Immanuel Kant.....	39
2.4 Teorias de justificação da punição	43
2.4.1 Teorias absolutas: o retributivismo.....	43
2.4.2 Teorias relativas: a prevenção e o utilitarismo.....	49
2.4.3 Teorias mistas ou ecléticas: retribuição e prevenção.....	53
2.5 Outros modelos teóricos de justificação da punição.....	53
2.6 Movimentos ideológicos de sistema penal.....	55
3 O DISCURSO DA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA SOBRE A PUNIÇÃO	58
3.1 Concepções teóricas sobre discurso.....	58
3.2 O discurso jurídico.....	60
3.2.1 O discurso jurídico de interferência.....	61
3.2.2 A efetividade do discurso jurídico.....	62
3.3 Análise do artigo 59 do Código Penal Brasileiro: o discurso da lei sobre a aplicação da punição.....	64
3.4 Artigos 1º e 10 da Lei de Execução Penal: o discurso da lei sobre o cumprimento da punição.....	69
3.5 As influências de Beccaria nos discursos da lei penal brasileira.....	71
3.6 Alguns benefícios legais garantidos aos condenados presos.....	73

4 A PUNIÇÃO NA PRÁTICA: O CONFRONTO ENTRE O DISCURSO DA LEI E O CONTEXTO REAL.....	77
4.1 Conceito legal e informações sobre a reincidência criminal brasileira	78
4.2 A (super) população carcerária brasileira.....	85
4.3 Os estabelecimentos penais brasileiros.....	88
5 A INSUFICIÊNCIA DA PUNIÇÃO E A NECESSIDADE DE MAIOR RIGOR DA LEGISLAÇÃO PENAL.....	92
5.1 A ineficácia da punição no Brasil e os debates sobre a privatização dos presídios.....	92
5.2 O sentimento de impunidade dos brasileiros e a seletividade do Direito Penal.....	97
5.3 A necessidade de revisão do Código Penal e da Lei de Execução Penal para o aperfeiçoamento da punição-prisão.....	101
5.3.1 Proposta de atualização à parte final do caput do artigo 59 do Código Penal.....	102
5.3.2 Proposta de atualização ao artigo 1º da Lei de Execução Penal	102
5.3.3 A necessidade de maior rigidez da lei penal	104
CONCLUSÃO.....	109
REFERÊNCIAS.....	113

INTRODUÇÃO

O crescimento da violência urbana, da criminalidade, da insegurança pública, da ineficiência do sistema punitivo brasileiro, das limitações das ações do Estado no âmbito criminal e, ao mesmo tempo, de um movimento crítico à impunidade, indicam ser relevante e oportuno refletir e pesquisar sobre a punição no contexto jurídico.

Considerada uma temática de importância tanto para a Filosofia quanto para o Direito Penal, a punição é também um tema relevante para as Ciências do Homem, de modo geral. A vida em sociedade demonstra a necessidade da ação de punir, a partir do momento em que a liberdade dos homens ultrapassa os limites do respeito às normas legais, aos bens e direitos alheios, causando lesividade ou ameaça de lesão a algum bem jurídico, individual ou coletivo.

Historicamente, segundo Mirabete e Fabbrini (2012), desde o período primitivo há registros da prática da punição relacionada à vingança e ao revide. Greco (2012) afirma que da Antiguidade até parte do século XVIII, houve o predomínio da adoção de penas cruéis e desumanas, que sacrificavam os próprios corpos dos infratores da época, inexistindo qualquer associação com o conceito de justiça, nem com o devido processo legal. Somente com o Iluminismo, foi iniciada uma mudança de pensamento sobre a aplicação da pena, por intermédio dos conceitos do Milanês Cesare Beccaria, eternizados na clássica obra *Dos Delitos e das Penas*. Outra fonte paradigmática que registra o processo evolutivo da punição, do suplício à prisão, é *Vigiar e Punir*, de Michel Foucault. Esses autores são referências fundamentais em nossa pesquisa.

Acompanhando a evolução histórica da punição, surgiram as teorias de justificação moral, representadas pelas teorias absolutas (retributivas), teorias relativas (utilitaristas ou preventivistas) e teorias mistas ou ecléticas (retributivas-preventivistas), que discorrem sobre os argumentos teóricos do direito/dever de punir do Estado. A partir da análise dessas construções teóricas, discorreremos sobre a justificação da pena e refletimos se a punição deve ser aplicada em seu caráter retributivo/punitivo, porque o infrator cometeu um crime, se deve ser associado o caráter utilitário da pena para o criminoso, mesmo tendo ele cometido uma infração, ou se as duas características devem estar relacionadas à punição.

Por meio da análise das teorias de justificação, procuramos identificar o tipo de discurso que a lei penal anuncia acerca da punição-prisão. Com base nas concepções bakhtinianas, consideramos que o artigo 59 do Código Penal é uma espécie de gênero do discurso, um campo de comunicação entre o legislador e o indivíduo criminoso, bem como entre o legislador e o indivíduo não criminoso, ou seja, entre o legislador e cada membro da sociedade. Também identificamos esta comunicação nos artigos 1º e 10 da Lei de Execução Penal.

Esclarecemos que nesta tese os termos “punição” e “pena” têm o mesmo significado, ou seja, são uma resposta do Estado ao violador da norma penal. O Estado, detentor do *jus puniendi*, possui o poder punitivo de infligir um dano, um mal ao criminoso. A espécie de punição que analisamos nesta pesquisa é a pena privativa de liberdade, que também chamamos de punição-prisão, a espécie de pena que mais tem sido aplicada no Brasil, segundo o levantamento nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN, 2017).

Feitas essas considerações iniciais, erguemos os seguintes questionamentos: De que forma se justifica moralmente o Estado infligir um dano, um mal a uma pessoa porque ela cometeu um crime? Qual é o discurso anunciado pela lei penal brasileira e como a punição tem sido efetivada na prática?

A partir da análise dos fundamentos teóricos sobre a punição, e diante do atual cenário prisional brasileiro, buscamos demonstrar que a justificação da pena deve ter como foco principal o caráter retributivo, tendo a influência dos fundamentos do retributivismo kantiano. Nesse sentido, tivemos por intento provar que primeiro o Estado precisa investir na reestruturação e na maior rigidez do sistema punitivo, para somente depois, ou seja, em plano secundário, mobilizar ações em prol da ressocialização do preso. Outro fim, foi confirmar que, no atual modelo punitivo, o fim utilitarista da pena tem subsistido somente no âmbito teórico, pois, no plano prático, o sistema punitivo brasileiro tem sido marcado pelo alto índice de reincidência criminal, pela superpopulação carcerária e pela precariedade dos estabelecimentos prisionais. Sugerimos também uma alteração no texto dos artigos 59 do CP e 1º da LEP, para consolidar o discurso retributivo, influenciado pelo retributivismo de Kant, bem como defendemos a necessidade de maior rigor da execução penal, com o fim de aperfeiçoar e melhor ajustar o instituto da punição no Brasil.

A pesquisa apresentada aborda a temática da punição de forma interdisciplinar, apresentando as discussões jurídico-filosóficas, a parte histórica, as teorias de justificação da pena, os movimentos ideológicos de sistema penal, a análise crítica do discurso jurídico da lei e seu confronto com a prática da punição.

A justificativa desta tese está relacionada à importância do aprofundamento do estudo da punição, com o fim de promover reflexões acadêmico-científicas sobre a legitimação e as dimensões do direito de punir, seus reflexos para o criminoso e para a sociedade, em um tempo de grande crítica à impunidade, e do crescimento da prática de crimes violentos. A relevância da pesquisa também é justificada em razão da sugestão das novas propostas de alteração da legislação penal (Art. 59 do CP e Art. 1º da LEP), e de maior rigidez para a concessão de benefícios durante a execução da pena, sobretudo, para os crimes cometidos com violência e grave ameaça à pessoa. Adotamos uma linha de posicionamento mais rígido, diferente da tendência da proposta de afrouxamento das leis, com o fim de aprimorar a punição, de buscar sua eficiência, de resgatar a credibilidade do Estado tanto no exercício do poder punitivo, quanto na missão de tentar ressocializar o criminoso.

O objetivo geral é analisar a justificação jurídico-filosófica e a eficiência da punição, a partir das concepções teóricas sobre a finalidade da pena, identificando as diferenças entre o discurso da lei e a prática da punição.

Os objetivos específicos são: a) pesquisar sobre a origem e a história da punição; b) discorrer sobre as posições teóricas de justificação da punição; c) analisar o discurso da lei penal brasileira sobre a punição; d) confrontar o discurso da lei e a prática da punição; e) propor reflexões sobre a insuficiência da punição e a necessidade de maior rigidez da legislação penal.

A tese foi organizada em cinco partes, de acordo com os objetivos específicos da pesquisa. A primeira parte é a histórica. Discorreremos sobre a origem e a evolução histórica da punição, do suplício à prisão. Nesta seção, explicamos como a punição era aplicada nos séculos XVII e XVIII e como foi iniciado o processo de humanização da pena.

Na segunda parte, explicamos o direito de punir (*jus puniendi*), no contexto jurídico-filosófico, assim como as tradicionais teorias de justificação da punição, abrangendo os fundamentos teóricos do poder de punir. Nesta parte,

apresentamos algumas explicações gerais sobre o Direito Penal e o direito de punir, a fim de contextualizarmos a temática da punição no âmbito do Direito e da Filosofia. Além das teorias tradicionais, também explanamos sobre outros modelos teóricos de justificação da punição e alguns movimentos ideológicos de sistema penal.

Na terceira parte, apresentamos as principais concepções teóricas sobre discurso e algumas noções sobre o discurso jurídico. Nesta seção, temos dois objetos de análise, a saber: o artigo 59, do Código Penal Brasileiro, que trata da aplicação e da fixação da pena (dosimetria da pena) e os artigos 1º e 10, da Lei de Execução Penal (LEP) que, respectivamente, estabelecem o objetivo da execução penal e determinam o dever do Estado de assistência ao preso. A partir da análise dos textos legais mencionados, explicamos os tipos de discurso a respeito da punição, anunciados pela lei penal. Ainda nesta parte, comentamos sobre alguns benefícios legais garantidos aos condenados presos que, por vezes, fazem crescer o sentimento de impunidade dos brasileiros.

Na quarta parte, analisamos a prática da punição dentro de um contexto real. Chamamos de contexto real aquele que considera três fatores indicadores da eficiência ou da ineficiência da punição: os índices de reincidência criminal, a população carcerária e a situação dos estabelecimentos prisionais brasileiros. Esses três fatores estão ligados entre si. Nesta parte, fazemos um confronto entre o discurso da lei e a prática da punição.

Na quinta e última parte, apresentamos de forma mais direta as contribuições e proposições da pesquisa, visando ao aperfeiçoamento da aplicação e do cumprimento da punição, no Brasil. Discorreremos sobre a ineficácia da punição e os debates acerca da privatização dos presídios; o sentimento de impunidade dos brasileiros e a seletividade do Direito Penal; a necessidade de revisão do Art. 59 do CP e do Art. 1º da Lei de Execução Penal, bem como a necessidade de maior rigor para a concessão de benefícios durante a execução da pena, visando o aprimoramento da punição-prisão e a própria ressocialização do condenado.

Para sustentar e fundamentar a pesquisa desta tese, utilizamos a metodologia qualitativa, por meio do levantamento de um repertório bibliográfico interdisciplinar, especializado nas áreas do Direito e da Filosofia, e uma parte sobre Análise do Discurso.

A investigação sobre a história da punição, como já mencionamos, teve como referências teóricas fundamentais *Vigiar e Punir*, de Michel Foucault, e *Dos delitos e das penas*, de Cesare Beccaria. Essas obras foram selecionadas em razão da importância histórica das mesmas, para o processo de humanização da punição.

A explicação sobre as posições teóricas de justificação da punição teve embasamento nos fundamentos das teorias absolutas (retributivas), das teorias relativas (utilitárias ou preventivistas) e das teorias mistas ou ecléticas da pena. Em relação aos argumentos retributivistas, a pesquisa teve como principal aporte teórico as obras *Fundamentação da metafísica dos costumes; A Metafísica dos Costumes; Introdução ao Estudo do Direito: Doutrina do Direito*; e *Princípios metafísicos da doutrina do direito*, do filósofo prussiano, Immanuel Kant. Sobre o utilitarismo, consideramos as concepções do inglês Jeremy Bentham, explicadas por Michael Sandel, entre outros autores.

As considerações sobre as concepções teóricas sobre discurso foram embasadas, principalmente, nas obras *Análise de discurso: princípios e procedimentos*, de Eni Orlandi, e *Introdução à análise do discurso*, de Helena Brandão, além de importante explicação bakhtiniana sobre gênero do discurso.

A partir da análise de uma citação de Mikhail Bakhtin, registrada em *Estética da criação verbal*, consideramos os artigos 59 do CP e 1º e 10 da LEP como enunciados escritos que representam um campo de comunicação e, portanto, podem ser considerados gêneros do discurso, o discurso jurídico, o discurso enunciado pela lei penal.

Os artigos mencionados estão diretamente relacionados à punição. O artigo 59 do Código Penal é o mais importante dispositivo legal em matéria de punição, porque é neste enunciado escrito que encontramos os fundamentos de justificação para a aplicação da pena, estabelecidos pelo legislador brasileiro. O estudo do artigo 59 do CP é também imprescindível para extrairmos do texto da lei o tipo de discurso declarado pelo legislador, em relação à punição: o discurso jurídico retributivo-preventivo. Pela análise dos artigos 1º e 10 da LEP, verificamos que a legislação penal pronuncia o que chamamos de discurso de recuperação moral do delinquente, de natureza interdisciplinar.

Após analisarmos o discurso enunciado pela lei penal, fizemos o confronto entre a teoria e o contexto real da punição, em que consideramos três fatores indicadores da eficiência ou da ineficiência da punição: os índices de

reincidência criminal, a população carcerária e a situação dos estabelecimentos prisionais brasileiros.

Para esta análise, explicamos o conceito de reincidência definido pelo Código Penal Brasileiro. Quanto à parte documental da pesquisa, referente às taxas de reincidência criminal, comentamos as que foram oficializadas pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA, 2015) e pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN, 2017). Sobre a população prisional e a situação dos estabelecimentos prisionais brasileiros, utilizamos o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN, 2017), considerado o mais atual até o momento, e o relatório *A visão do Ministério Público sobre o sistema prisional brasileiro*, do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP, 2016). Utilizamos também os dados estimativos do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2017) sobre a população geral brasileira.

Ao analisarmos o discurso da legislação penal e o contexto real da punição, identificamos a necessidade de revisão do Art. 59 do Código Penal e do Art. 1º da Lei de Execução Penal, bem como maior rigor da lei penal, buscando o aperfeiçoamento da punição.

1 ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PUNIÇÃO

Nesta seção inicial desta tese, apresentaremos a evolução histórica da punição, tendo como principal referência teórica duas grandes obras clássicas: *Vigiar e Punir*, do filósofo francês Michel Foucault, obra publicada originalmente em 1975, e *Dos Delitos e das Penas*, do filósofo e humanista Cesare Beccaria, publicada em 1764. São duas referências bibliográficas fundamentais para a compreensão da criminalidade e da delinquência em confronto com a repressão e a punição.

Desde os tempos primitivos, período ainda sem a existência de um sistema orgânico de princípios penais, a punição significava somente vingança, revide à agressão sofrida, sem preocupação com aplicação ou garantia de justiça ou do devido processo legal.

Em diferentes períodos históricos foram aplicadas penas de morte, mutilações, esquartejamentos, suplícios, trabalhos forçados aos criminosos. Os cidadãos das classes mais baixas e, particularmente, os escravos eram sujeitos à tortura e a toda sorte de castigos corporais.

Greco (2012) afirma que, desde o período da Antiguidade até, basicamente, o século XVIII, as penas possuíam um extremo caráter aflitivo, pois o próprio corpo do criminoso pagava pelos danos e males por ele cometidos.

1.1 A punição segundo Foucault: do suplício à prisão

Michel Foucault (1926-1984) nasceu em Poitiers, uma pequena cidade francesa. Diplomou-se em Filosofia e Psicopatologia e escreveu importantes obras como *Doença mental e psicologia* (1954), *História da loucura* (1961), *Nascimento da clínica* (1963), *As palavras e as coisas* (1966), *A arqueologia do saber* (1969), a aula inaugural no Collège de France, *A ordem do discurso* (1971) e *Vigiar e Punir* (1975). Como titular da Cadeira de Sistemas de Pensamento no Collège de France, o filósofo investigou a estrutura das instituições judiciais e penitenciárias na época moderna.

Em *Vigiar e Punir*, Foucault (2014) consolida um tratado histórico sobre a pena, salientando seu caráter coercitivo e aflitivo para os infratores à época. A

obra, dividida em quatro partes (suplício, punição, disciplina e prisão), traz algumas narrativas de execuções bárbaras e trata do modelo de punição que vigorou no século XVII e início do século XVIII, período de predomínio do governo monárquico europeu, em que a pena possuía o caráter de castigo e tormento aplicado aos condenados, que tinham sacrificados seus próprios corpos em intenso e cruel sofrimento físico. Naquele período, a expressão máxima do poder soberano do Estado era representada pela crueldade e desumanidade das punições aplicadas. Os corpos dos criminosos pertenciam ao Estado, e a aplicação de penas cruéis era um meio de reconstrução da ordem social, de reorganizar a vida em sociedade.

Logo no início da clássica obra, Foucault narra uma execução ocorrida em 1757, realizada com extrema crueldade, que exemplifica o quanto a pena era relacionada ao sacrifício do próprio corpo do criminoso:

[Damiens fora condenado, a 2 de março de 1757], a pedir perdão publicamente diante da porta principal da Igreja de Paris [aonde devia ser] levado e acompanhado numa carroça, nu, de camisola, carregando uma tocha de cera acesa de duas libras; [em seguida], na dita carroça, na Praça de Gréve, e sobre um patíbulo que aí será erguido, atezado nos mamilos, braços, coxas e barrigas das pernas, sua mão direita segurando a faca com que cometeu o dito parricídio, queimada com fogo de enxofre, e às partes em que será atezado se aplicarão chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente, e a seguir seu corpo será puxado e desmembrado por quatro cavalos e seus membros e corpo consumidos ao fogo, reduzidos as cinzas, e suas cinzas lançadas ao vento. Finalmente foi esquartejado [relata Gazette d'Amsterdam]. Essa última operação foi muito longa, porque os cavalos utilizados não estavam afeitos à tração; de modo que, em vez de quatro, foi preciso colocar seis; e com isso não bastasse, foi necessário, para desmembrar as coxas do infeliz, cortar-lhe os nervos e retalhar-lhe as juntas. (FOUCAULT, 2014, p. 9)

O procedimento de execução de Damiens foi iniciado durante o dia e encerrado por volta de dez e meia da noite, quando a última parte de seu corpo foi consumida pelo fogo.

Segundo Foucault (2014), trinta anos após a mencionada execução, foi escrito o regulamento para a “Casa dos Jovens detentos de Paris”, que estabeleceu regras e horários determinados para a rotina dos presos. As principais atividades especificadas no documento são o tempo de trabalho e de estudo que deveriam ser cumpridos pelos criminosos

O filósofo francês afirma que sobreveio, nesse período, na Europa e nos Estados Unidos, uma nova era para a justiça penal, tendo sido iniciado um período

de redistribuição de toda “economia do castigo”, de numerosos projetos de reformas; implantação de uma “nova teoria da lei e do crime”, “nova justificação moral ou política do direito de punir”, novos projetos de leis modernas. Diante de tantas transformações, Foucault (2014) destaca “o desaparecimento dos suplícios”, em que o corpo deixa de ser o principal alvo da repressão criminal e ocorre concomitante a supressão do espetáculo punitivo. Em suas próprias palavras:

Condenados com coleiras de ferro, em vestes multicores, grilhetas nos pés, trocando com o povo desafios, injúrias, zombarias, pancadas, sinais de rancor ou de cumplicidade – são eliminados mais ou menos em toda parte no fim do século XVIII, ou na primeira metade do século XIX. [...] A punição pouco a pouco deixou de ser uma cena. (FOUCAULT, 2014, p. 14).

A concepção da punição como uma forma de espetáculo ou um cenário de horror perde a sua força, e passa a ser implementado um processo de transformação da prática da punição.

A punição vai se tornando, pois, a parte mais velada do processo penal, provocando várias consequências: deixa o campo da percepção quase diária e entra no campo da consciência abstrata; sua eficácia é atribuída à sua fatalidade, não à sua intensidade visível; a certeza de ser punido é que deve desviar o homem do crime e não mais o abominável teatro; a mecânica exemplar da punição muda as engrenagens. Por essa razão, a justiça não mais assume publicamente a parte de violência que está ligada a seu exercício. (FOUCAULT, 2014, p. 14)

A punição deixa o campo da visibilidade extrema, registrada publicamente nos corpos dos condenados, e passa a integrar o campo da consciência abstrata, ou seja, o campo da “invisibilidade”. Nesse “campo invisível”, busca-se acreditar na certeza da punição e em sua eficiência.

Surge, então, o entendimento de que o que pode desviar o homem do crime, o que pode detê-lo à prática do delito é a certeza e a eficiência da punição, ou seja, sua aplicação exemplar, e não mais a crueldade explícita. A ideia de não mais atingir o corpo ou atingi-lo o mínimo possível. No caso, por exemplo, da prisão, dos trabalhos forçados, da deportação, da interdição de domicílio, punições importantes nos sistemas penais modernos, também são consideradas penas físicas que atingem diretamente o corpo. Entretanto, não há mais a relação “castigo-corpo” presente nos suplícios. De acordo com Michel Foucault (2014, p. 16), “o corpo é

colocado num sistema de coação e de privação, de obrigações e de interdições. O sofrimento físico, a dor do corpo não são mais os elementos constitutivos da pena. ”

No início do século XIX, segundo Foucault (2014), ocorre o marco do desaparecimento do espetáculo da punição física. Aproximadamente entre 1830 e 1848, desaparecem os suplícios, sob a influência das concepções dos reformadores da época, que lutaram contra os espetáculos de tortura e o suplício dos corpos dos condenados, surgindo nas prisões o novo modelo legitimador do poder do Estado, como instrumento de manutenção da lei e da ordem. Contudo, ainda assim, permanecia um “fundo supliciante” nos modernos mecanismos da justiça criminal, pois a própria prisão traz consigo a característica da aflição e diminuição de um bem individual, qual seja, a liberdade. Nas palavras do autor:

O afrouxamento da severidade penal no decorrer dos últimos séculos é um fenômeno bem conhecido dos historiadores do direito. Entretanto, foi visto, durante muito tempo, de forma geral, como se fosse fenômeno quantitativo: menos sofrimento, mais suavidade, mais respeito e “humanidade”. Na verdade, tais modificações se fazem concomitantes ao deslocamento do objeto da ação punitiva. Redução da intensidade? Talvez. Mudança de objetivo, certamente. Se não é mais ao corpo que se dirige a punição, em suas formas mais duras, sobre o que, então, se exerce? A resposta dos teóricos – daqueles que abriram, por volta de 1780, o período que ainda não se encerrou – é simples, quase evidente. Dir-se-ia inscrita na própria indagação. Pois não é mais o corpo, é a alma. À expiação que tripudia sobre o corpo deve suceder um castigo que atue, profundamente, sobre o coração, o intelecto, a vontade, as disposições. (FOUCAULT, 2014, p. 21)

Segundo Foucault (2014), este seria um período historicamente importante, em que o corpo e o sangue deixam de ser os elementos de representação da punição, dando lugar a uma nova realidade para a justiça punitiva: a realidade incorpórea, representada pela alma. O filósofo explica que a mudança de concepção sobre a punição não aconteceu de forma súbita, porém, ao longo da própria história, com a mudança de comportamento do homem, os crimes e as penas foram sendo modificados, o que ocorre até nos dias de hoje.

O autor relata que, durante os séculos XVIII e XIX, a definição e a gravidade de muitos crimes foram modificadas. Crimes que estavam relacionados a um exercício de autoridade religiosa, como a blasfêmia, por exemplo, deixaram de existir. Em outros casos, como o contrabando e furto doméstico, houve a diminuição da gravidade desses delitos, contudo, as transformações mais importantes sobre a punição não estavam relacionadas à divisão de comportamentos permitidos e

proibidos. Segundo Foucault (2014), a grande modificação ocorreu em relação ao que se refere à prática penal, quais sejam: a qualidade, a natureza e a substância de que se constitui o criminoso.

Além do julgamento dos crimes previstos nos Códigos, julgam-se também as paixões, os instintos, as anomalias, as enfermidades, os efeitos de meio ambiente. São punidos os assassinatos e as agressões, mas, ao mesmo tempo, também são punidas as agressividades, as perversões, os impulsos e os desejos humanos.

Para Foucault (2014), a função de tornar o criminoso um indivíduo desejoso e capaz de respeitar a lei e suprir as suas próprias necessidades deve estar relacionada à punição. O autor prossegue:

A alma do criminoso não é invocada no tribunal somente para explicar o crime e introduzi-la como um elemento na atribuição jurídica das responsabilidades; se ela é invocada com tanta ênfase, com tanto cuidado de compreensão e tão grande aplicação científica, é para julgá-la, ao mesmo tempo que o crime, e fazê-la participar da punição. (FOUCAULT, 2014, p. 23)

O autor explica que os novos modelos de sistemas punitivos, implantados na Europa, no período acima referido, começaram a julgar além dos crimes, a alma dos criminosos. “Todo um conjunto de julgamentos apreciativos, diagnósticos, prognósticos, normativos, concernentes ao indivíduo criminoso encontrou acolhida no sistema do júízo penal.” (FOUCAULT, 2014, p. 24).

A partir da metade do século XVIII, segundo Foucault (2014), filósofos e teóricos do direito protestaram com veemência contra os suplícios e clamaram por uma outra forma de punição. Explica o autor:

É preciso punir de outro modo: eliminar essa confrontação física entre soberano e condenado; esse conflito frontal entre a vingança do príncipe e a cólera contida no povo, por intermédio do supliciado e do carrasco. O suplício se tornou rapidamente intolerável. Revoltante, visto da perspectiva do povo, onde ele revela a tirania, o excesso, a sede de vingança e o cruel prazer de punir. (FOUCAULT, 2014, p. 73)

A nova forma de punição aponta para uma justiça penal que deseja punir e não se vingar, uma justiça que não tolera mais o sacrifício de corpos, nem a espetacularização barbarizada dos suplícios. Foucault chega a projetar a punição do

século XIX, que pode também servir de reflexão para a do atual século. Prosseguem as explicações do filósofo:

Chegará o dia, no século XIX, em que esse homem, descoberto criminoso, se tornará o alvo da intervenção penal, o objeto que ela pretende corrigir e transformar, o domínio de uma série de ciências e de práticas estranhas – “penitenciárias”, “criminológicas”. Mas, nessa época das Luzes, não é como tema de um saber positivo que o homem é posto como objeção contra a barbárie dos suplícios, mas como limite de direito, como fronteira legítima do poder de punir. (FOUCAULT, 2014, p. 74)

O contexto histórico a que se dirige a afirmação feita pelo filósofo é o Iluminismo, conhecido como “período das Luzes”. Segundo Medeiros (2014), o Iluminismo foi um movimento cultural e intelectual do século XVIII, que envolveu filósofos, matemáticos, físicos e mobilizou o poder da razão, com a finalidade de transformar a sociedade e o conhecimento herdado da tradição medieval. Os intelectuais da época buscavam ser guiados pelas “luzes da razão” e contribuir com o progresso intelectual, social e moral. Muitos países da Europa tiveram esse pensamento difundido no século XVIII, e foram os intelectuais franceses os pioneiros em promover os valores iluministas.

Smanio e Fabretti (2012) explicam que a corrente filosófica iluminista modificou o pensamento da humanidade, naquele período histórico, através do conceito ou ideia dos direitos naturais do homem, que deveriam ser assegurados por lei.

Ainda hoje, em pleno século XXI, é relevante repensar o poder punitivo que o Estado vem exercendo contra os criminosos, repensar a finalidade com que tem sido aplicada a punição e o tipo de discurso estabelecido pelo legislador sobre este tema.

Historicamente, então, deixam de ser aplicados os suplícios e busca-se aplicar uma outra forma de punir: a prisão. Comenta o autor:

A prisão é menos recente do que se diz quando se faz datar seu nascimento dos novos códigos. A forma-prisão preexiste à sua utilização sistemática nas leis penais. Ela se constituiu fora do aparelho judiciário, quando se elaboraram, por todo o corpo social, os processos para repartir os indivíduos, fixá-los e distribuí-los espacialmente, classificá-los, tirar deles o máximo de tempo e o máximo de forças, treinar seus corpos, codificar seu comportamento contínuo, mantê-los numa visibilidade sem lacuna, formar em torno deles um aparelho completo de observação, registro e anotações, constituir sobre eles um saber que se acumula e se centraliza. [...] A

prisão, peça essencial no conjunto das punições, marca certamente um momento importante na história da justiça penal: seu acesso à humanidade. (FOUCAULT, 2014, p. 223)

Para Foucault, a prisão representa um grande marco histórico da justiça penal, que é o acesso à humanidade, ou seja, a substituição por penas desumanas que ofendam diretamente a integridade física ou a vida do criminoso, pela adoção de punições humanas, que são aquelas que não devem ferir a dignidade da pessoa humana, como a prisão, as penas alternativas e a multa, que são as punições adotadas pelo Direito Penal brasileiro. Contudo, especialmente a pena privativa de liberdade (prisão) será objeto de análise e questionamento, mais adiante, quanto às suas finalidade e forma de execução, no Brasil.

1.2 Beccaria, a justificação da punição e o processo de sua humanização

O milanês Cesare Beccaria (1738-1794), com seu famoso opúsculo intitulado *Dos Delitos e das Penas*, exerceu considerável influência sobre a teoria e a prática da punição nos mais diversos ordenamentos jurídicos ao redor do mundo. Beccaria é universalmente conhecido como o defensor aguerrido da humanização da punição no contexto jurídico. Pois ele condenou a tortura, a pena de morte e as punições violentas de um modo geral. Foi também defensor de um dos pilares do Estado de direito, pois se opôs ao poder discricionário dos juízes e se posicionou favoravelmente à observância do devido processo legal, em que a lei deveria ser igual para todos, sem distinção. Isso tudo nos parece óbvio, hoje em dia, mas foi verdadeiramente revolucionário, há mais de 200 anos atrás.

Dos Delitos e das Penas foi acolhido primeiramente na França, através da tradução de Andre Morellet (1765), o qual modificou a ordem original dos capítulos do livro, difundindo-se então por toda a Europa, vindo a servir de inspiração inclusive a Thomas Jefferson, um dos *Founding Fathers*, ou seja, um dos Pais Fundadores dos Estados Unidos. Como é do conhecimento de todo estudante de Direito brasileiro, a influência de Beccaria sobre o nosso Direito Penal também é considerável.

Beccaria defende a humanização do sistema penal no contexto jurídico como corolário de sua resposta a uma questão fundamental, a saber: em que se funda o

jus puniendi, ou seja, o direito do Estado aplicar uma punição a um indivíduo, caso este último viole uma lei? Para obter clareza sobre o sentido profundo dessa questão, tal como colocada por Beccaria, podemos recorrer à seguinte distinção tornada clássica pelo filósofo John Rawls, a saber, a distinção “between the justification of a rule or a practice and the justification of a particular action falling under it”.¹

De acordo com isso, quando dizemos que o Estado puniu uma pessoa porque ela violou uma lei e cometeu um crime, estamos somente justificando uma determinada ação particular, a aplicação daquela punição particular, no interior de uma prática ou instituição social existente, a saber, a instituição da punição jurídica, mas não estamos ainda justificando a existência da própria instituição da punição. Em outras palavras, o sentido profundo da questão sobre o *jus puniendi*, tal como colocada por Beccaria, é o seguinte: Por que, com que direito ou justificativa, o Estado aplica uma punição sobre uma pessoa porque ela violou uma lei e cometeu um crime? Pois a punição, por definição, é sempre um mal, um dano ou sofrimento infligido pelo Estado ao indivíduo. Ora, se os indivíduos estão moralmente proibidos de infligir sofrimento uns aos outros, por que e em que medida o Estado teria, moralmente falando, esse direito?

Colocada nesses termos mais fundamentais, a pergunta pelo *jus puniendi* pode ser subsumida sob a pergunta mais ampla pela justificativa da existência do próprio Estado: Por que e com que direito o Estado limita a liberdade dos indivíduos por meio de leis que, caso sejam transgredidas, prevêem penalidades e punições para os transgressores? Em conformidade com isso e sob a influência do contratualismo, em particular na versão do filósofo inglês Thomas Hobbes (1588-1679), Beccaria começa por uma reconstrução conceitual das circunstâncias que justificariam a existência do Estado. De acordo com as teorias contratualistas de modo geral, Beccaria também parte da suposição fictícia de um assim chamado estado de natureza, uma situação hipotética em que os homens estariam interagindo entre si, usufruindo cada qual de uma liberdade absoluta e ilimitada para fazer o que bem quisesse, na ausência de leis e autoridade externas que impusessem restrições a essa liberdade. O resultado dessa situação anárquica, ou seja, de ausência de leis, é um estado de guerra de todos contra todos, em que, nas famosas palavras de

¹ Tradução nossa: “Entre a justificativa de uma regra ou uma prática e a justificativa de uma ação específica que se enquadre nela.”

Hobbes, o homem é lobo do homem (*homo homini lupus*). Ora, tendo reconhecido pela razão que aquela liberdade para tudo equivale a uma liberdade para nada, ou seja, que a ausência de limites à liberdade leva à destruição do indivíduo e da própria liberdade, os homens decidem então instituir o soberano por um acordo ou contrato social, com a finalidade de estabelecer leis visando garantir a paz e a sua coexistência em sociedade civil.

Nas palavras de Beccaria:

As leis são as condições sob as quais homens naturalmente independentes se unem em sociedade. Cansados de viver num contínuo estado de guerra e de usufruir de uma liberdade dotada de pouco valor, em virtude da incerteza de sua duração, eles sacrificaram uma porção dessa liberdade, para poderem usufruir do restante em paz e segurança. A soma de todas essas porções de liberdade de cada indivíduo constitui a soberania de uma nação e foi depositada nas mãos do soberano como seu administrador legal. (BECCARIA, 2001, p. 26)

Assim, segundo Beccaria, a existência do Estado se justifica na medida em que ele é o resultado de um acordo ou contrato livremente feito entre os indivíduos, no qual eles concordam entre si em instituir um soberano e, com isso, leis que impõem um limite a sua liberdade originalmente ilimitada, mas destrutiva. Contudo, essa gênese contratual do Estado significa, para Beccaria, que aquele estará submetido ele próprio a limites. Pois ninguém em sã consciência aceitaria abrir mão de sua liberdade senão para garantir uma boa parte dela. Em outras palavras, em oposição a Hobbes, Beccaria consideraria irracional e insano renunciar completamente à própria liberdade, entregando-se a um soberano absoluto, em troca somente de segurança e proteção contra uma morte violenta.

Entretanto, a garantia do máximo possível de liberdade para os cidadãos não é a única finalidade com que os homens se reúnem em sociedade sob leis e autoridade externas. Segundo Beccaria (2001, p. 21), há ainda que se garantir “a máxima felicidade partilhada pelo maior número” (“la massima felicità nel maggior numero”). Vemos aqui que Beccaria apela também para um princípio utilitarista em sua justificação da existência do Estado. Grosso modo, o utilitarismo, que será explicado mais profundamente na seção seguinte, é a teoria moral segundo a qual a coisa certa a fazer no âmbito da vida pública é o que for útil à maioria, ou seja, a ação correta é aquela que tem como consequência a produção do maior bem ou felicidade para a maior parte das pessoas que compõem a sociedade, em comparação com o mal ou infelicidade que eventualmente ela venha a causar para

uma minoria. O utilitarismo é mais conhecido em associação com os filósofos ingleses Jeremy Bentham (1748-1832) e John Stuart Mill (1806-1873), mas foi muito provavelmente a versão do filósofo francês Helvetius (1715-1771) que exerceu influência sobre Beccaria. Assim, quando Beccaria rejeita as leis que proíbem o porte de arma por cidadãos ordeiros, alegando que são feitas com base em “falsas ideias de utilidade”, ele está querendo dizer que elas não vêm ao encontro da felicidade ou do bem da maioria.

No que tange à justificação do *jus puniendi* em si, Beccaria sustenta que o direito do Estado punir quem viola uma lei assenta sobre a necessidade de proteger aquele depósito de porções de liberdade a que renunciaram os indivíduos por ocasião da celebração do contrato social. Com efeito, segundo Beccaria:

Não bastava ter formado esse depósito; era preciso protegê-lo contra as usurpações de cada particular, pois tal é a tendência do homem para o despotismo, que ele procura sem cessar, não só retirar da massa comum sua porção de liberdade, mas ainda usurpar a dos outros. (BECCARIA, 2001, p. 27)

Assim, partindo de uma visão realista da natureza do ser humano, Beccaria (2001) afirma que a instituição da punição no contexto jurídico é uma maneira de proteger aqueles participantes do contrato social que se mantiveram fiéis ao mesmo, em face daqueles que certamente romperão o acordo violando alguma lei nele estabelecida. No fundo, o direito de o Estado punir decorre daquele contrato social, no qual cada indivíduo renuncia a uma parte de sua liberdade originalmente ilimitada e, por aí mesmo, concede ao soberano o direito de punir quem quer que viole alguma lei. Aliás, essa é uma importante premissa no argumento de Beccaria contra a pena de morte. Com efeito, se tanto as leis quanto a punição a elas ligada são o resultado de uma livre concessão dos indivíduos ao soberano e se nenhum homem tem, moralmente falando, o direito de tirar a própria vida, então, por isso mesmo, nenhum homem poderia conceder ao soberano um direito que ele próprio não tem, a saber, o de dar fim a sua vida por meio da pena de morte.

Mas o direito de punir que é concedido pelos indivíduos ao Estado se encontra limitado à finalidade de proteção das liberdades, pois, segundo Beccaria (2001, p. 28): “as penas que ultrapassam a necessidade de conservar o depósito da salvação pública são injustas por natureza”. Além disso, em conformidade com o utilitarismo, Beccaria sustenta que a punição, sendo inevitavelmente um mal imposto

a quem viola a lei, tem por objetivo o bem e a felicidade da maior parte da sociedade, mas de tal modo que inflija o menor grau possível de sofrimento e de infelicidade sobre o criminoso. O utilitarismo serve, assim, como fundamento da humanização da punição em Beccaria.

Para Beccaria, a punição tem por objetivo proteger o depósito das liberdades contra as inevitáveis usurpações feitas por quem viola a lei. E a punição realiza esse desiderato prevenindo a ocorrência de novos crimes, seja por parte do próprio criminoso condenado, seja por parte de potenciais violadores das leis. Em outras palavras, Beccaria se filia ao prevenicionismo, concepção segundo a qual o sentido da punição estaria justamente na sua capacidade de prevenir o comportamento socialmente indesejável, dissuadindo as pessoas a não cometerem o crime, por meio das ameaças representadas pela punição. Entretanto, o lado humanista do filósofo milanês pode ser ainda constatado no seu pioneirismo em defender a educação como o meio mais adequado de prevenir o crime. Pois, segundo Beccaria (2013), o meio mais seguro, mas ao mesmo tempo mais difícil, de tornar os homens menos inclinados a praticar o mal, é aperfeiçoar a educação. Nas palavras do autor:

Finalmente, o mais seguro, mas o mais difícil meio de prevenir o delito é o de aperfeiçoar a educação, objeto muito amplo e que ultrapassa os limites a que me impus, objeto que ousou também dizer estar intrinsecamente muito ligado à natureza do governo, para que não seja sempre campo estéril, só cultivado aqui e ali por alguns poucos estudiosos, até nos mais remotos séculos da felicidade pública. (BECCARIA, 2013, p. 144)

Segundo as explicações beccarianas, o aperfeiçoamento da educação, então, é considerado o meio mais seguro e ao mesmo tempo o mais difícil para a prevenção do crime. Ao identificar o aperfeiçoamento da educação como método preventivo do crime, notamos mais uma vez a visão humanista de Beccaria. O autor enaltece a educação e refuta a aplicação das penas cruéis, dos suplícios e da pena de morte. Beccaria é considerado o autor que marca o processo de humanização da punição.

Sobre o processo de transformação da punição, na obra *Tratado de Direito Penal*, o penalista Bitencourt (2012, p. 580) tece os seguintes comentários: “A crise da pena de morte deu origem a uma nova modalidade de sanção penal: a pena privativa de liberdade, uma grande invenção que demonstrava ser meio mais eficaz

de controle social.” O autor explica que a grande influência na mudança de “prisão-custódia” para “prisão-pena” foram fatores de ordem político-econômica do século XVII. Ainda acrescenta:

À motivação de política criminal e penológica, referida pela maioria dos autores, como causa determinante da transformação, devemos acrescentar a motivação econômica, referida por Foucault. [...] Não se pode ignorar o forte condicionamento que a estrutura socioeconômica impõe às ideias reformistas – sobretudo razões econômicas e de necessidade de dominação – que propiciaram o nascimento da pena privativa de liberdade. Precisamente, os propósitos reformistas de que tanto se tem falado (desde os penitenciaristas clássicos) não se realizam pelo poderoso condicionamento e limitação que impõem as necessidades do mercado de trabalho e as variações nas condições econômicas. A motivação econômica referida por Foucault é determinante para o salto qualitativo à prisão. (BITENCOURT, 2012, p. 581-582)

Outro penalista também informa sobre as mudanças de pensamento relacionadas à punição, ocorridas durante o Iluminismo. Como explica:

O período iluminista, principalmente no século XVIII, foi um marco inicial para uma mudança de mentalidade no que dizia respeito à cominação das penas. Por intermédio das ideias de Beccaria, em sua obra intitulada *Dos Delitos e das Penas*, publicada em 1764, começou a ecoar a voz da indignação com relação a como os seres humanos estavam sendo tratados pelos seus próprios semelhantes, sob a falsa bandeja da legalidade. (GRECO, 2012, p. 471)

Dos Delitos e das Penas é, portanto, uma obra de grande influência na proteção dos direitos humanos, nos avanços do sistema penal e na inspiração de mudanças legislativas da época (século XVIII) e até nos dias atuais. Considerada o símbolo da reação liberal ao desumano cenário criminal vigente.

[...] Beccaria, inspirado na concepção do Contrato Social de Rousseau, propõe novo fundamento à justiça penal: um fim utilitário e político que deve, porém, ser sempre limitado pela lei moral. (MIRABETE e FABBRINI, 2012, p. 18)

Beccaria (2013) opôs-se à postura violenta e arbitrária da justiça, propôs a abolição da tortura, da pena de morte e de quaisquer outras sanções cruéis. A partir da teoria do *Contrato Social* de Rousseau, explica a origem das penas e impõe limites por parte do Estado ao direito de punir. Conforme explicado anteriormente, para o filósofo, todo homem sacrifica uma parcela de sua liberdade em prol de sua sobrevivência na sociedade, devendo o soberano depositário das

liberdades oferecer segurança e promover a garantia do bem comum, como resposta.

Para Beccaria (2013), a origem das penas está relacionada às parcelas de liberdade que cada indivíduo possui e ao rompimento do compromisso firmado igualmente entre as partes. Como explica:

Leis são condições sob as quais homens independentes e isolados se uniram em sociedade, cansados de viver em contínuo estado de guerra e de gozar uma liberdade inútil pela incerteza de conservá-la. Parte dessa liberdade foi por eles sacrificada para poderem gozar o restante com segurança e tranquilidade. A soma de todas essas porções de liberdades, sacrificadas ao bem de cada um, forma a soberania de uma nação e o Soberano é seu legítimo depositário e administrador. (BECCARIA, 2013, p. 31)

Contudo, também se torna necessário punir aqueles que ignoram e descumprem as normas do bom convívio social, rompendo as fronteiras das liberdades alheias e consubstanciadas no contrato.

A respeito do direito de punir, o filósofo assevera que toda punição deve estar relacionada à verificação de sua plena necessidade e utilidade. Nas palavras do próprio autor:

Toda pena que não derive da absoluta necessidade, diz o grande Montesquieu, é tirânica, proposição esta que pode ser assim generalizada: todo ato de autoridade de homem para homem que não derive da absoluta necessidade é tirânico. Eis, então, sobre o que se funda o direito do soberano de punir os delitos: sobre a necessidade de defender o depósito da salvação pública das usurpações particulares. Tanto mais justas são as penas quanto mais sagrada e inviolável é a segurança e maior a liberdade que o soberano dá aos súditos. (BECCARIA, 2013, p. 32)

Para Beccaria, portanto, a pena somente deve ser aplicada quando provada sua real necessidade de defesa do depósito público das liberdades individuais frente às apropriações e abusos privados, que são as violações do contrato. Do contrário, a punição torna-se tirânica, opressiva e arbitrária.

De acordo com as concepções beccarianas, somente através das leis é possível estabelecer as punições para os delitos. O legislador, por sua vez, é o representante da sociedade, cujos membros estão ligados entre si por um contrato social. Nesse caso, sequer o juiz pode aplicar uma pena acima do limite estipulado por uma lei, pois o seu poder punitivo tende de estar restrito aos limites das normas legais.

A punição deve ter a finalidade de preservar o cumprimento das leis e evitar maiores danos à sociedade, ficando em evidência o caráter utilitarista, defendido pelo filósofo.

2 DIREITO PENAL, *JUS PUNIENDI* E AS TEORIAS DE JUSTIFICAÇÃO DA PUNIÇÃO

Na seção anterior, apresentamos um recorte histórico sobre a evolução e a humanização da punição, percorrendo a trajetória do suplício à prisão, conforme as concepções de Foucault e Beccaria. Nesta parte, abordaremos o direito de punir (*jus puniendi*), no contexto jurídico-filosófico, assim como as tradicionais teorias de justificação da punição, abrangendo os fundamentos teóricos do poder de punir e, a partir destes fundamentos, analisaremos na terceira parte o discurso da legislação penal brasileira, a respeito da punição.

Antes, iniciaremos com algumas explicações gerais sobre o Direito Penal, a fim de contextualizarmos a temática da punição no âmbito do Direito e da Filosofia.

2.1 Noções gerais de Direito Penal

De acordo com Mirabete e Fabbrini (2012), o Direito nasce em virtude das necessidades humanas decorrentes da vida em sociedade, tendo como fim garantir as condições indispensáveis à coexistência dos elementos que integram o grupo social. O fato contrário à norma de Direito, que viola ou põe em risco um bem alheio ou até mesmo a existência da sociedade, é considerado um ilícito jurídico, que pode ter suas consequências na área civil como, por exemplo, a determinação de indenização por dano moral ou ensejar a aplicação de punições penais.

Os penalistas explicam que, em diversas situações, as sanções civis são insuficientes para inibir a prática de ilícitos jurídicos considerados graves, que atingem bens jurídicos relevantes por meio de ações humanas lesivas tanto aos interesses individuais quanto à vida social. Sendo assim, a intervenção do Estado passa a ser necessária, através da cominação e aplicação das punições, estabelecidas por um conjunto de normas jurídicas que constituem o Direito Penal. Portanto, as normas penais são justificadas quando as alternativas menos incisivas, como as fornecidas pelo Direito Civil, são insuficientes à proteção eficaz dos bens jurídicos. Neste sentido, discorre outro penalista brasileiro:

O legislador, por meio de um critério político, que varia de acordo com o momento em que vive a sociedade, sempre que entender que os outros ramos do direito se revelem incapazes de proteger devidamente aqueles bens mais importantes para a sociedade, seleciona, escolhe as condutas, positivas ou negativas, que deverão merecer a atenção do Direito Penal. Percebe-se, assim, um princípio limitador do poder punitivo do Estado. (GRECO, 2012, p. 47)

Greco (2012) correlaciona esse entendimento ao princípio da intervenção mínima do Estado, ou *ultima ratio* responsável pela indicação dos bens mais relevantes que devem permanecer sob a tutela do Direito Penal, mas também explica que, por este princípio, o legislador deve estar atento às mudanças da sociedade, que podem ensejar a retirada de certas infrações do ordenamento jurídico-penal. O autor ainda complementa:

O Direito Penal deve, portanto, interferir o menos possível na vida em sociedade, devendo ser solicitado somente quando os demais ramos do Direito, comprovadamente, não forem capazes de proteger aqueles bens considerados da maior importância. (GRECO, 2012, p. 47)

Mirabete e Fabbrini (2012) explanam que a finalidade do Direito Penal é a proteção da sociedade, a tutela dos bens jurídicos fundamentais, como a vida, a integridade física e mental, a honra, a liberdade, o patrimônio, a paz pública, entre outros. Feitas estas explicações, apresentamos duas definições de Direito Penal. Segundo a primeira, o Direito Penal “é o conjunto de normas jurídicas que o Estado estabelece para combater o crime, através das penas e medidas de segurança.” (GARCIA, 1980, p.8). Agora segundo Noronha (1978, p.12), o Direito Penal “é o conjunto de normas jurídicas que regulam o poder punitivo do Estado, tendo em vista os fatos de natureza criminal e as medidas aplicáveis a quem os pratica”.

Assim, o Direito Penal possui um conjunto de normas que descrevem as infrações penais, estabelecem suas respectivas sanções, regulamentam os institutos penais, bem como regulam o exercício do poder punitivo e preventivo do Estado, que não deve ser exercido de modo arbitrário, como destacam Mirabete e Fabbrini (2012).

Segundo Carvalho (2015, p. 43), “a principal característica das normas jurídicas é a coercitividade. Não há direito sem sanção”. Por grande parte dos penalistas, como Rogério Greco, André Estafem e Victor Eduardo Rios

Gonçalves, o Direito Penal é conceituado como sendo um conjunto de normas jurídicas que estabelecem as infrações penais (crimes e contravenções) e suas respectivas sanções (penas e medidas de segurança). Logo, a lei penal além de descrever a conduta criminosa, também prescreve a respectiva punição que deve ser aplicada pelo Estado ao infrator.

2.2 O direito de punir no contexto do Direito Penal

O ordenamento jurídico-positivo tem sido conceituado como o conjunto de normas criadas ou reconhecidas por uma sociedade politicamente organizada que garanta sua efetividade por meio da força pública. Segundo Bitencourt (2012), o poder de criar ou de reconhecer eficácia a tais normas é um atributo da soberania, e sua positividade depende de um ato valorativo da vontade soberana, que garanta seu cumprimento de modo coercitivo. O Direito Positivo é assim chamado justamente pelo fato de que é posto pelo poder político. Desta forma, o Direito Penal é considerado Direito Positivo, porque a sua obrigatoriedade independe da concordância individual de seus destinatários, mas da vontade do Estado Soberano que o determina e estabelece a punição para os violadores das normas.

No âmbito do Direito Penal, encontramos duas expressões utilizadas por penalistas para explicar a relação entre as normas penais positivadas (codificadas) e as ações e intervenções do Estado, quais sejam: Direito Penal objetivo e Direito Penal subjetivo.

Conforme Mirabete e Fabbrini (2012), o Direito Penal objetivo é formado pelo conjunto de normas que regulamentam a ação do Estado, estabelecendo os crimes e as punições. Os autores dissertam: “somente o Estado, em sua função de promover o bem comum e combater a criminalidade, tem o direito de estabelecer e aplicar essas sanções.” (MIRABETE e FABBRINI, 2012, p. 5-6).

Por sua vez, o Direito Penal subjetivo é o direito de punir do Estado, isto é, o *jus puniendi*. O Estado é considerado o titular exclusivo do direito de punir, soberanamente, como manifestação do seu poder de império, contudo, o poder punitivo estatal é limitado pelo próprio Direito Penal objetivo, que por meio das normas penais determina os limites das ações do Estado na prevenção e punição dos crimes. Assim, destacamos que o *jus puniendi* do Estado não deve ser exercido com arbitrariedade, como se pode confirmar:

O direito de punir todavia, não é arbitrário, mas limitado pelo próprio Estado ao elaborar estas normas que constituem o Direito subjetivo de liberdade que é o de não ser punido senão de acordo com a lei ditada pelo Estado. Só a lei pode estabelecer o que é proibido penalmente e quais são as sanções aplicáveis aos autores dos fatos definidos na legislação como infrações penais. (MIRABETE e FABBRINI, 2012, p. 6)

Sobre o Direito Penal Subjetivo, Estefam e Gonçalves (2016) apresentam a seguinte subdivisão: direito de punir abstrato ou *jus puniendi abstracto* e direito de punir em concreto ou *jus puniendi em concreto*. A primeira hipótese nasce com a criação da norma penal, firmando-se na prerrogativa de exigir de todos os seus destinatários a abstenção da prática criminosa, definida em lei. A segunda hipótese surge a partir da ocorrência da infração penal, fato que impulsiona o Estado ao exercício do poder-dever de exigir do infrator que se sujeite ao cumprimento da punição estabelecida.

No capítulo “Funções do Direito Penal”, Smanio e Fabretti (2012) expressam que a vida em sociedade exige o respeito a determinadas regras de convivência, em razão das diferenças e imperfeições do ser humano, de suas mais distintas ambições, desejos, frustrações que podem conflitar com os sentimentos de outras pessoas, gerando lesões ao direito do outro. Os autores explicam que, por meio dos sistemas de controle social, são impostos os limites ao comportamento dos membros do grupo social, a fim de se obter o bom funcionamento das relações sociais e manter suas formas de vida e cultura. A imposição dos limites é estabelecida por meio de normas que, a partir de sua violação, impõem ao infrator uma punição, que pode ser social ou jurídica.

De acordo com Smanio e Fabretti (2012), o Direito Penal insere-se no denominado sistema de controle social, sendo uma de suas instituições, e o controle social jurídico-penal é um controle normativo, isto é, exercido por um conjunto de normas, em que a pena/punição passa a ser considerada monopólio do Estado. De acordo com isso:

A partir do Estado moderno, a pena passa a ser considerada monopólio estatal. No Estado liberal clássico, formou-se a expressão Estado de Direito, posto que se buscava a limitação jurídica do poder punitivo. A pena era uma exigência de justiça, base da retribuição penal, fixada no ordenamento jurídico, sendo, então, um limite para o

poder punitivo do Estado. Com a aparição do Estado social, intervencionista, com a finalidade de influir e modificar a realidade da sociedade, foi acentuada a luta contra a delinquência, com a atenção para a prevenção especial realizada sobre a pessoa do delinquente. Entretanto, o Estado social trouxe consigo o risco dos sistemas políticos totalitários, que existiram historicamente no período entre as guerras mundiais, embora, ainda hoje, no mundo, sejam sentidos seus efeitos. Surge, dessa forma, a necessidade de um Estado que, sem abandonar a intervenção na realidade social, tenha reforçado seus limites jurídicos em um sentido democrático. O Estado passa a ser visto como um *Estado Social e Democrático de Direito*. (SMANIO e FABRETTI, 2012, p. 100-101)

Fundamentados na formação de um Estado Social e Democrático de Direito, Smanio e Fabretti (2012) sustentam que o Direito Penal passa a assumir as funções de proteção real dos cidadãos e afirmam que a missão de prevenção deve ocorrer nos moldes dos limites estabelecidos pelos princípios democráticos. Os autores reforçam:

A relação entre Estado e Direito Penal é, portanto, visceral, pois é do Estado que emanam as normas jurídico-penais e é o Estado o único detentor legítimo do jus puniendi, ou seja, o mesmo ente que cria o Direito Penal – através de normas jurídico-penais – é quem irá aplicá-las, fazendo-o, entretanto, por órgãos diversos – Legislativo e Judiciário – numa relação de interdependência. O Estado, por sua vez, não pode criar normas de forma indiscriminada e ilimitada, pois, por ser Democrático de Direito, deve respeitar a lei máxima que o fundamenta e fixa seus objetivos, qual seja, a Constituição Federal. (p. 101)

Ao analisar os fundamentos acima citados, podemos inferir que Smanio e Fabretti (2012) compreendem o Direito Penal como um ramo do direito público, através do qual o Estado concretiza suas funções constitucionais, garantindo a proteção e tutela da vida, da liberdade, da igualdade, como faz ao criminalizar o homicídio, o sequestro, o racismo entre outras condutas violadoras de direitos fundamentais. Deste modo, inferem que o Direito Penal deve ser um meio eficaz e necessário para a proteção dos cidadãos, pois Estado e Direito devem servir ao homem. Os autores acrescentam:

As leis que versassem sobre matéria criminal deveriam prevenir os abusos cometidos pelas autoridades, fundamentando-se a legitimidade do direito de punir no contrato social, ou seja, na tutela de direito de terceiros, bem como afirmando-se o critério de utilidade das penas, como o da prevenção geral, considerando-se inúteis

todas as penas que não visassem impedir violações futuras ao ordenamento jurídico. (SMANIO E FABRETTI, 2012, p. 77)

Para os autores, a fundamentação do *jus puniendi*, isto é, do direito de punir do Estado está relacionada à teoria do contrato social de Rousseau, e as penas devem possuir caráter utilitário e preventivo. Enfatizamos que a utilidade e a prevenção da punição serão explicadas em tópicos seguintes.

2.3 O direito de punir para a Filosofia

O descumprimento de uma norma jurídica ou de uma lei, geralmente, submete o infrator à punição. A partir da prática de uma conduta violadora de uma norma jurídica como, por exemplo, “matar alguém”, nasce a possibilidade, a pretensão de aplicação de uma punição criminal, pois ao cometer um crime, o agente é ciente de que pode ser punido. Porém, como a punição não é aplicada de forma automática, não se tem a garantia de que isso acontecerá.

No capítulo “Fundamentos éticos do direito de punir”, Scariot (2014) propõe importantes reflexões sobre a legitimidade do poder punitivo do Estado, tanto do ponto de vista jurídico quanto do ponto de vista ético, porque a prática da punição é aceita como justa ou injusta a partir de proposições normativas, ou seja, aquelas que estão relacionadas a valores.

Ao longo da história, o procedimento para análise da culpa e da responsabilidade penal do acusado foi se modificando. Atualmente, a culpa do réu é apurada por meio do devido processo legal, garantindo-se o contraditório e a ampla defesa ao acusado. A pesquisadora faz algumas considerações históricas sobre a transformação da verificação da culpa e do próprio direito de punir:

Além do procedimento para a verificação da culpa, também houve transformação no direito de punir: da vingança instintiva e ilimitada que podia atingir inclusive o grupo, visto inexistir a noção de pessoalidade da pena, passou-se ao império da Lei de Talião, que assegurava à vítima o direito a uma vingança proporcional. A Lei de Talião, cujo nome vem de *talhar*, que significa partir ao meio, foi um avanço, pois exigia uma punição proporcional; sua fórmula, *olho por olho, dente por dente*, pode ser encontrada tanto no Antigo Testamento (Deuteronômio e Êxodo) como na Lei das XII Tábuas. A Lei de Talião peca por manter a vinculação do castigo com a vingança, todavia sua noção de proporcionalidade mantém-se contemporaneamente válida. (SCARIOT, 2014, p. 735)

Para Scariot (2014), depois da concepção de vingança proporcional, o *jus puniendi* passou a ser incumbência do Estado, sujeito dotado de imparcialidade, que tenta pôr fim à concepção de vingança. Sabe-se que não há linearidade na história humana, e, apesar da antiga Lei de Talião já assegurar a proporcionalidade entre crime e punição, no processo penal medieval (exemplificado pelo período inquisitivo) essa cláusula não foi preservada. Assim, em resposta a isso, despontou um período humanitário como reação às arbitrariedades punitivas, tendo por objetivo justamente humanizar o Direito Penal, ou seja, acabar com as punições cruéis e desumanas, como, por exemplo, as torturas e os públicos suplícios.

Como vimos na primeira seção, o período humanitário foi inaugurado pela obra clássica *Dos Delitos e das Penas* (1764). Beccaria impulsionou a revolução penal de sua época, advogando a proporcionalidade das penas, de modo que não se infligisse um mal demasiado ao delinqüente, como consequência da violação da lei. De modo gradativo, as reivindicações beccarianas foram acrescentadas às leis penais, especialmente com a criação dos códigos penais e de estabelecimentos penais para o cumprimento da pena.

A partir do momento em que a prisão deixou de servir apenas para custódia do condenado que esperava a execução para tornar-se a própria pena, deixou-se de penalizar pela aplicação de suplícios em espetáculos públicos e, em certo sentido, as penas foram humanizadas. Nesse período mudou o objeto da punição: deixou-se de punir o corpo do condenado para punir a alma por meio da restrição de sua liberdade. (SCARIOT, 2014, p. 736)

A nova concepção de punição se impõe a partir de um desligamento da noção de vingança. Abandona-se a prática de um ato estritamente vingativo e adota-se o devido processo legal, presidido por um julgador imparcial, que busca a verdade, de acordo com o conjunto probatório apresentado, e aplica a lei.

O julgamento corretivo do julgador não está limitado ao infrator e à vítima, mas também propaga seus efeitos sobre a sociedade. “Na hipótese de a violação da lei não ser punida perde-se uma forte razão para seu cumprimento e perde-se um motivo para conter os interesses coletivos expressos na lei. (SCARIOT, 2014, p. 737).

Do ponto de vista contratualista, podemos afirmar que as pessoas têm o dever de respeitar as leis e o direito à proteção, enquanto o Estado tem o direito de exigir que as pessoas obedeçam às leis e o dever de protegê-los. “Para implementar a proteção dos cidadãos o Estado faz uso de seu direito de punir, pois assim fornece uma boa razão para que cada indivíduo respeite o direito do outro, além de, em determinados casos, retirar o transgressor do convívio social.”

Segundo Scariot (2014), o questionamento sobre as razões pelas quais a punição deve existir é tarefa da filosofia, pois as respostas são formuladas tendo valores como referência, e podem ser aceitas como justas ou injustas. Em síntese, as teorias axiológicas examinam por que é justo que exista a punição.

2.3.1 A doutrina axiológica de Immanuel Kant

Para melhor compreensão das concepções e colaborações kantianas às ciências criminais, é relevante fazermos a contextualização histórica vivida pelo filósofo. Immanuel Kant nasceu na Prússia, em 1724, e faleceu em 1804. O prussiano observou uma realidade criminal muito diferente da atual, em que ocorreu o surgimento do período humanitário, mas o mesmo não tinha consolidado suas reivindicações. Como vimos em Foucault (item 1.1), o corpo do condenado era o objeto da punição, a privação da liberdade não era aplicada como pena e as prisões eram destinadas a custodiar (“prisão-custódia”) os criminosos até o julgamento ou execução. As punições eram aplicadas de forma desmedida e arbitrária e executadas por meio de um espetáculo público de suplícios. Sobre a posição de Kant em relação à punição, Scariot (2014) desenvolve importante explicação:

A análise kantiana da punição dá-se no âmbito da *doutrina dos deveres*, também chamada de *doutrina dos costumes*, *filosofia moral* ou simplesmente moral. **A doutrina dos deveres é composta pela doutrina do direito e pela doutrina da virtude ética**, de forma que a **moral**, entendida como um sistema de princípios a priori, possui como partes o **direito** e a **ética**. Tem-se na moral um conjunto de princípios puramente racionais, que não dependem de elementos retirados da experiência, enquanto suas partes, o direito e a ética, também consideram questões práticas e conhecimentos obtidos empiricamente. O direito diferencia-se da ética ao conter a possibilidade de uma legislação externa, com coerção externa, enquanto na ética tem-se deveres autoimpostos. A partir da caracterização da moral como um sistema de princípios a priori pode-se pensar em um conceito moral de **punição**. Nesse sentido, nossa

razão entende que a punição é aquilo que o agente merece após cometer uma transgressão, é um ato que contém justiça e um mal que se justifica por si mesmo, sem a necessidade de qualquer vinculação com a felicidade. O direito de punir nasce e está vinculado à transgressão, de modo que a punição constitui uma retribuição, imposta por alguém superior, com autoridade. Para Kant, o tipo e a intensidade das punições devem ser definidos pelo princípio da igualdade, e isso vale para a violação de qualquer dever. (SCARIOT, 2014, p. 738-739, GRIFO NOSSO)

Segundo Kant (2008, p.75), “denomina-se *doutrina do direito (ius)* a soma daquelas leis para as quais é possível uma legislação externa”. Kant considera a doutrina do direito positivo como a verdadeira legislação, em que o jurista, pessoa com experiência na lei, não conhece somente leis externas, mas também as conhece externamente, pois tem a aplicação prática da lei aos casos concretos. Para Kant, verdadeira legislação é aquela em que o direito natural é sustentado como conjunto de princípios racionais que permitem avaliar moralmente um ordenamento jurídico positivado, o qual, contudo, para ele, é o único que existe realmente, ou seja, no espaço e no tempo. Nas palavras do próprio autor:

A lei universal do direito, qual seja, age externamente de modo que o livre uso de teu arbítrio possa coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal, é verdadeiramente uma lei que me impõe uma obrigação, mas não guarda de modo algum a expectativa – e muito menos impõe a exigência – de que eu próprio devesse restringir minha liberdade a essas condições simplesmente em função dessa obrigação; em lugar disso, a razão diz apenas que a liberdade está limitada àquelas condições em conformidade com sua ideia e que ela pode também ser ativamente limitada por outros; ela o diz como um postulado não suscetível de prova adicional. Quando o objetivo de alguém não é ensinar virtude, mas somente expor o que é o direito, não é permissível e nem deveríamos representar aquela lei do direito como ela mesma sendo o motivo da ação. (KANT, 2008, p. 77)

Essa é a chave da compreensão da expressão “legislação externa”: o direito obriga externamente, ou seja, sem pressupor a consciência moral do agente, que pertence ao foro interno, não visado pela lei; por isso também, o direito exige somente a conformidade externa à lei, ou seja, em nada importa o motivo que leva o sujeito a obedecer a lei, se a consciência de que é moralmente errado desobedecer, ou se é o medo da punição.

Scariot (2014) salienta que quando a violação de uma norma (transgressão) é analisada no âmbito da ética, deve-se lembrar que nesta seara os deveres são

autoimpostos, porque não há uma autoridade externa que possa impor o cumprimento do dever e o indivíduo cumpre o dever *por dever*, e não para satisfação de seus interesses particulares. A ética está centrada na relação do homem consigo mesmo, como um ser racional com capacidade de autolegislar, portanto, as transgressões éticas devem ser examinadas pela consciência moral do próprio transgressor. “O procedimento desencadeado pela consciência moral representa uma autoavaliação.” (p. 739).

A doutrina da virtude tem como principal fundamento a ética. “Virtude é a força das máximas de um ser humano no cumprimento do seu dever.” (KANT, 2008, p. 238). Nas palavras do autor: o princípio maior da doutrina da virtude é: “age de acordo com uma máxima dos fins que possa ser uma lei universal a ser considerada por todos.” (p. 239). A doutrina kantiana afirma que um ser humano é um fim para si mesmo, bem como para outros, e não é suficiente não estar ele autorizado a usar a si próprio ou a outras tão somente como meios; é em si mesmo seu dever fazer do ser humano como tal seu fim.

Na obra *Introdução ao Estudo do Direito: Doutrina do Direito*, Kant (2007, p. 144 afirma: “O direito de punir é o direito detido por um chefe de Estado relativamente a um súdito de infligir-lhe dor por ter este cometido um crime”. Para o filósofo prussiano, o *jus puniendi* consiste na aplicação de uma dor, um dano, um mal ao criminoso, pelo fato de ter ele cometido um crime e só pode ser exercido pela autoridade para isso constituída (o chefe de Estado), segundo a lei e o devido processo legal.

No contexto jurídico, “a punição é necessária para que o Estado garanta a cada cidadão a fruição daquilo que lhe pertence e a não intervenção de outros.” (SCARIOT, 2014, p. 739). A pesquisadora afirma que o conceito jurídico do direito de punir remete ao seu conceito moral, o qual se apresenta como uma ideia racional fundamental para a concepção jurídica. Assim, a punição também é considerada como um ato que contém justiça, um dano autojustificado e uma retribuição estabelecida pelo princípio da igualdade. Sobre este princípio, fundamental reflexão kantiana:

Mas que tipo e que quantidade de punição correspondem ao princípio e medida da justiça pública? Nada além do princípio da igualdade (na posição do ponteiro na balança da justiça) inclinar-se não mais para um lado do que para outro. Em conformidade

com isso, seja qual for o mal imerecido que infliges a uma outra pessoa no seio do povo, o infliges a ti mesmo. [...] Mas somente a lei de talião (*ius talionis*) – entendida, é claro, como aplicada por um tribunal (não por teu julgamento particular) – é capaz de especificar definitivamente a qualidade e a quantidade de punição; todos os demais princípios são flutuantes e inadequados a uma sentença de pura e estrita justiça, pois neles estão combinadas considerações estranhas. (KANT, 2007, p. 145)

Na sequência de suas explicações, o filósofo defende a aplicação da pena de morte para autores de homicídio, por exemplo, considerando a pena capital a única espécie representativa dos princípios da igualdade e da proporcionalidade exercido pela justiça pública, para este tipo de crime. Nas palavras do filósofo:

Este ajuste da punição ao crime, que só pode ocorrer pelas mãos de um juiz impondo a sentença de morte de acordo com a estrita lei de talião, se manifesta pelo fato de somente mediante esta ser uma sentença de morte pronunciada para todo criminoso proporcionalmente à sua perversidade interior (mesmo quando o crime não for assassinato, mas um outro contra o Estado que só pode ser punido com a morte).² (KANT, 2007, p. 146)

Conforme mencionamos no início deste tópico, relembramos aqui que o corpo do condenado era o objeto da punição, no período histórico vivido pelo filósofo. Consoante Kant (2007), ninguém é objeto de punição porque a desejou, mas porque desejou praticar uma conduta punível, pois não constitui punição se aquilo que é feito a alguém é o que ele quer e é impossível querer ser punido. “Dizer que quero ser punido se assassino alguém é dizer nada mais do que me submeto, juntamente com todos os outros, às leis, que naturalmente também serão leis penais se houver quaisquer criminosos em meio ao povo.” (p.148). Nas explicações do autor:

Em outras palavras, não é o povo (cada indivíduo nele encerrado) que dita a pena capital, mas o tribunal (a justiça pública) e, assim, um outro indivíduo distinto do criminoso; e o contrato social não contém nenhuma promessa de deixar-se punir e, deste modo, dispor de si

² Opondo-se a isso, o Marquês de Beccaria, movido por sentimentos compassivos de afetada humanidade (*compassibilitas*) apresentou sua asserção de que qualquer pena capital é equivocada porque não poderia estar contida no contrato civil original, pois se estivesse, todos os integrantes de um povo teriam que haver consentido em perder a vida em caso de ter assassinado um outro indivíduo (do povo), ao passo que é impossível para qualquer um consentir tal coisa porque ninguém pode dispor de sua própria vida. (KANT, 2007, p. 148).

mesmo e da própria vida, isto porque se a autorização para punir tivesse que ser baseada na promessa do transgressor, no seu querer deixar-se punir, teria também que lhe caber julgar a si mesmo punível e o criminoso seria o seu próprio juiz. (KANT, 2007, p. 148)

Assim, Kant esclarece que não é o criminoso que disponibiliza seus bens e direitos individuais, nem é ele quem escolhe sua punição. Não há qualquer promessa permissiva de “deixar-se punir” no contrato social. Portanto, o direito de punir pertence à justiça pública, pertence exclusivamente ao Estado.

2.4 Teorias de justificação da punição

Apresentadas algumas noções de Direito Penal e concepções jurídico-filosóficas sobre o *jus puniendi* do Estado, passaremos para a discussão de algumas correntes teóricas a respeito da natureza e dos fins da punição, que dialogam com as explicações acerca do direito de punir, feitas nos tópicos anteriores. A literatura especializada disserta a respeito das posições teóricas tradicionais de justificação da pena, a saber: teorias absolutas, teorias relativas e teorias mistas ou ecléticas.

2.4.1 Teorias absolutas: o retributivismo

Carvalho (2015) explica que as teorias absolutas da pena, também chamadas de retributivas, firmam-se, fundamentalmente, no modelo iluminista do contrato social, em que o crime é um rompimento da obrigação contratual, configurando a pena uma indenização pelo mal e dano cometidos. A teoria absoluta decorre da finalidade autônoma atribuída à pena, isto é, desvincula-se da punição, em termos teóricos, a finalidade social. O autor prossegue:

A relação entre crime e pena se estabelece a partir de uma noção de dívida, e a lógica obrigacional fixa a necessidade de reparação do dano em razão do inadimplemento (descumprimento das regras sociais). O poder de punir se expressa, pois, como um direito/dever do Estado exercido por meio da expropriação forçada de algo de valor quantificável. (CARVALHO, 2015, p. 57).

A noção de dívida e a lógica obrigacional a que Carvalho se refere estão relacionadas à teoria do *Contrato Social*, de Rousseau, explicada na seção anterior, no qual cada ser humano renuncia a uma parte de sua liberdade originalmente ilimitada e, por aí mesmo, concede ao Estado o direito de punir qualquer um que pratique a violação de alguma lei.

Dentre os principais defensores das teorias absolutas da pena, o filósofo Immanuel Kant ocupa uma posição de relevância. O retributivismo kantiano destaca-se, principalmente, pela influência que exerceu na dogmática penal do século XX. Na obra *Metafísica dos Costumes*, Kant (2008) defende que a lei penal é um imperativo categórico que deve ser acatado sem quaisquer condições. Kant se refere a uma obediência incondicional. Para o autor, este imperativo categórico está relacionado à necessidade incontestável da aplicação da pena, não havendo quaisquer outras justificativas à punição senão a própria inobservância do contrato, o próprio fato de ter havido o cometimento de um delito. Sobre a incontestável aplicação da pena, segue um exemplo citado por Kant:

Mesmo que a sociedade civil se dissolvesse com a concordância de todos os membros) p. ex., se o povo de uma ilha decidisse separar-se e espalhar-se por todo o mundo), teria de ser executado antes o último assassino em cativo, a fim de que cada um receba o que seus atos merecem, evitando que o homicídio recaia sobre o povo que não insistiu na punição, uma vez que o povo pode ser considerado cúmplice dessa violação pública da justiça. (KANT, 2014, p. 152)

Cabe aqui uma breve explicação sobre o imperativo categórico na moral, em oposição ao imperativo hipotético, tendo como referência a obra kantiana *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Kant (1974) mostra que princípios estabelecidos pela razão são representados por nós, seres racionais, finitos e limitados, como deveres, como imperativos. Um princípio da razão prescreve uma ação como algo que é bom que se faça. Por exemplo: a razão prescreve o controle do consumo de bebida alcoólica como sendo algo bom para a saúde, entretanto, podemos compreender, mas não agir assim. Um ser finito como o homem não age naturalmente segundo a razão prescreve, ou segundo aquilo que ele próprio compreende ser bom, porque prescrito pela razão.

Eis por que as prescrições da razão se apresentam a nós como deveres, como imperativos. Em seguida, Kant faz uma distinção entre imperativos hipotéticos e categóricos:

Ora, todos os *imperativos* ordenam ou *hipotética* ou *categoricamente*. Os hipotéticos representam a necessidade prática de uma ação possível como meio de alcançar qualquer outra coisa que se quer (ou que é possível que se queira). O imperativo categórico seria aquele que nos representasse uma ação como objetivamente necessária por si mesma, sem relação com qualquer finalidade. (KANT, 1974, p. 218-219)

Os imperativos hipotéticos ordenam que se execute uma ação como um bom ou o melhor meio para se alcançar ou se obter um fim qualquer. Isso significa que, se uma pessoa abrir mão do fim ou do objetivo para o alcance do qual a ação é ordenada como um bom ou o melhor meio, segundo o imperativo hipotético, então, esse imperativo não tem validade ou não é obrigatório para ela, pois ela abriu mão do fim. É por isso que Kant diz que os imperativos hipotéticos são apenas condicionalmente válidos, pois só têm validade sob a condição da pessoa querer alcançar o fim para o qual o imperativo prescreve. Em contraposição a isso, ainda segundo Kant:

Há por fim um imperativo que, sem se basear como condição em qualquer outra intenção a atingir por um certo comportamento, ordena imediatamente este comportamento. Este imperativo é **categórico**. Não se relaciona com a matéria da ação e com o que dela deve resultar, mas com a forma e o princípio de que ela mesma deriva; e o essencialmente bom na ação reside na disposição (*Gesinnung*), seja qual for o resultado. Esse imperativo pode-se chamar o imperativo da *moralidade*. (KANT, 1974, p. 220)

Esta é a chamada fórmula do imperativo como lei universal da moralidade: “Age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal.” (KANT, 1974, p.223). Esta é a fórmula da humanidade como um fim em si mesmo: “Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio.” (KANT, 1974, p. 229).

Assim, para Kant o imperativo moral ou dever moral ordena uma ação como boa, não para este ou para aquele fim, mas como boa em si mesma, como absolutamente boa. Em outras palavras, ele ordena que se execute uma ação incondicionalmente, categoricamente.

Conforme o posicionamento kantiano, a justificação da pena é de ordem ética deontológica,³ baseada no valor moral da lei penal violada pelo autor culpável do crime. Os propósitos de melhorar ou corrigir o criminoso ou de inibir ou de convencer os não criminosos a não cometer delitos não devem ser tomados como os determinantes da punição. Veja-se:

A punição imposta por um tribunal (poenas forenses) – distinta da punição natural (poena naturalis) na qual o vício pune a si mesmo e que o legislador não considera – jamais pode ser infligida meramente como um meio de promover algum outro bem a favor do próprio criminoso ou da sociedade civil. Precisa sempre ser a ele infligida somente porque ele cometeu um crime, pois um ser humano nunca pode ser tratado apenas a título de meio para fins alheios. [...] Ele deve previamente ter sido considerado punível antes que se possa de qualquer maneira pensar em extrair de sua punição alguma coisa útil para ele mesmo ou seus concidadãos. A lei da punição é um imperativo categórico e infeliz aquele que rasteja através das tortuosidades do eudaimonismo, a fim de descobrir algo que libere o criminoso da punição ou, ao menos, reduz sua quantidade pela vantagem que promete. (KANT, 2007, p. 144-145)

Deste modo, para Kant (2007), a punição teria como principal objetivo a imposição de um dano decorrente da transgressão do dever jurídico, encontrando neste dano sua devida proporção e sua própria justificação. Sobre os discursos de retribuição tem-se importante explicação:

Os discursos de retribuição, sobretudo o kantiano, são os que estruturam os modelos jurídico-penais romano-germânicos até meados do século passado. Neste sentido, é possível dizer que constituem as narrativas de maior estabilidade na modernidade. Embora desde o final do século XIX se assista à emergência das ideias de prevenção especial positiva (correlacionismo) – teorias que inegavelmente influenciaram os discursos dogmáticos, mas que acabaram tendo maior receptividade no direito penal dos países anglo-saxões a partir da forte influência da criminologia –

³ “A ética deontológica sustenta que, do ponto de vista moral, ações ou pessoas devem ser avaliadas como possuidoras de um valor intrínseco independente das consequências esperadas para a maioria ou para a sociedade como um todo. Isso faz com que as pessoas sejam consideradas como fins em si mesmas, e não como simples meios.” (ESTEVES, 2014, p. 254).

foi o do retributivismo que modelou a estrutura da dogmática penal, especialmente da teoria do delito, visto sua intrínseca relação com a ideia de culpabilidade. (CARVALHO, 2015, p. 61)

A base da tese do retributivismo é o pensamento de que um crime tem de ser punido pela simples razão de que o criminoso fez por merecer a punição, e uma punição proporcional à gravidade do delito cometido. Neste sentido, tem-se relevante explicação:

O retributivista se baseia numa fundamentação moral deontológica da punição, sustentando que ela deve se seguir ao crime em virtude de uma qualidade (negativa) intrínseca ao ato e ao agente criminoso, e não em virtude de supostas consequências socialmente desejáveis que ela possa produzir no futuro. [...] O retributivismo toma o criminoso como alguém que sabe o que fez e faz, como alguém racional e consciente, e, justamente por isso, merecedor da pena. Assim, o retributivismo respeita o criminoso em sua humanidade e dignidade. (ESTEVES, 2014, p.252-253)

Carvalho (2015) afirma que o retributivismo modelou a estrutura da dogmática penal e o relaciona com a ideia de culpabilidade. Smanio e Fabretti explicam o significado de culpabilidade, para o Direito Penal:

No âmbito do Direito Penal, a palavra *culpabilidade* pode ser compreendida em pelo menos duas acepções: primeiro, em uma concepção dogmática, como elemento do crime, ao lado da tipicidade e da ilicitude; segundo, como Princípio Político-Criminal, atuando ora como limite e fundamento do *ius puniendi* estatal, ora como critério para fixação da pena. (SMANIO e FABRETTI, 2012, p. 171)

“A qualificação *absoluta* que caracteriza as teorias de retribuição traduz um sentido autorreferencial no qual a pena possui um fim em si mesma.” (CARVALHO, 2015, p. 62). Ferrajoli (2010) explica que a teoria absoluta ou retributiva está estruturada sobre a máxima de que é justo infligir o mal pelo mal.

As teorias absolutas têm como fundamento da punição a exigência da justiça: pune-se o agente porque cometeu o crime. Como dito, o posicionamento kantiano sustenta que a pena é um imperativo categórico, consequência natural do delito, uma retribuição jurídica, pois ao mal do crime impõe-se o mal da pena. O castigo

compensa o mal e dá reparação à moral. O castigo é imposto por uma exigência ética, não se tendo que vislumbrar qualquer conotação ideológica nas punições.

“O crime tem um caráter puramente moral e a pena nada mais é que a retribuição do mal causado pelo infrator, admitindo-se a função intimidatória e de correção apenas de maneira secundária.” (SMANIO e FRABRETTI, 2012, p. 40).

Relevante reflexão kantiana sobre o tema:

Ninguém é objeto de punição porque a quis, mas porque quis uma ação punível, pois não constitui punição se aquilo que é feito a alguém é o que ele quer e é impossível querer ser punido. Dizer que quero ser punido se assassino alguém é dizer nada mais do que me submeto, juntamente com todos os outros, às leis, que naturalmente também serão leis penais se houver quaisquer criminosos em meio ao povo. Na qualidade de um co-legislador ao ditar a lei penal, é possível que eu não possa ser a mesma pessoa que, como súdito, é punida de acordo com a lei, pois como alguém é punido, a saber, como criminoso, não é possível que eu possa ter uma voz na legislação (o legislador é sagrado). Consequentemente, quando redijo uma lei penal contra mim mesmo na qualidade de um criminoso, é a razão pura em mim (homo noumenon), legislando com respeito a direitos, que me sujeita, como alguém capaz de perpetrar o crime e, assim, como uma outra pessoa (homo phaenomenon), à lei penal, junto com todos os demais numa associação civil. (KANT, 2007, p. 148)

O que Kant deixa claro nesta passagem é que a aplicação da punição é imposta pela justiça pública. Em outras palavras, é o próprio Estado que determina a aplicação da punição, e não o indivíduo. O criminoso não promete dispor de si mesmo nem da própria vida. O criminoso não insere no contrato social a promessa de deixar-se punir. Sendo assim, a punição deve ser aplicada ao infrator pelo simples fato de ele ter cometido um crime e ter desejado voluntariamente praticar uma ação punível.

Segundo o professor Esteves (2014, p. 252), esta é a tese retributivista: “O retributivismo assume uma atitude retrospectiva diante do crime e pergunta em que medida a justiça pode ser feita retribuindo ao criminoso no grau e proporção de seu delito, restituindo assim o equilíbrio da balança da justiça”.

Para o professor, o retributivista defende uma fundamentação moral deontológica da punição, sustentando que ela deve seguir ao crime em razão de uma qualidade negativa intrínseca à conduta e ao próprio criminoso, e não em razão

de hipotéticas consequências socialmente desejáveis que ela possa futuramente produzir.

2.4.2 Teorias relativas: a prevenção e o utilitarismo

Ao contrário das justificações apresentadas pelos retributivistas, nas teorias relativas, também denominadas de utilitárias, utilitaristas ou prevencionistas, a principal finalidade da punição é a prevenção tanto do primeiro crime quanto da reincidência no mesmo, o que evidencia o reconhecimento do caráter utilitário da pena.

Os prevencionistas consideram a punição do crime prospectivamente, olhando para o futuro, a saber, perguntando se e em que medida ela pode prevenir a ocorrência do crime no futuro. Pois, para os prevencionistas, a finalidade e a justificativa moral da punição estão justamente na sua capacidade de prevenir o comportamento socialmente indesejável e de promover o bem-estar da maioria da sociedade, dissuadindo as pessoas a não cometerem o crime. A punição é justificada pelos prevencionistas em termos das consequências que esperamos obter dela.

O inglês Jeremy Bentham (1748-1832), filósofo moral e estudioso das leis, foi o fundador da teoria utilitarista, e suas concepções filosóficas até hoje influenciam o pensamento de legisladores. “O critério da utilidade é o grau da felicidade, ou seja, para Bentham uma ação somente poderá ser considerada útil se trazer felicidade para a maioria das pessoas.” (SMANIO e FABRETTI, 2012, p. 28).

Na obra *Justiça: o que é fazer a coisa certa* o filósofo americano, Michael Sandel, professor do curso “Justice”, na Universidade de Harvard, escreveu o capítulo “O princípio da máxima felicidade / o utilitarismo”, e expôs o utilitarismo de Jeremy Bentham:

Sua ideia central é formulada de maneira simples e tem apelo intuitivo: o mais elevado objetivo da moral é maximizar a felicidade, assegurando a hegemonia do prazer sobre a dor. De acordo com Bentham, a coisa certa a fazer é aquela que maximizará a utilidade. Como “utilidade” ele define qualquer coisa que produza prazer ou felicidade e que evite a dor ou o sofrimento. Bentham chega a esse princípio por meio da seguinte

linha de raciocínio: todos somos governados pelos sentimentos de dor e prazer. São nossos “mestres soberanos”. Prazer e dor nos governam em tudo que fazemos e determinam o que devemos fazer. (SANDEL, 2014, p. 48)

Segundo Sandel (2014), a filosofia utilitarista sustenta que a base da vida moral e política é a maximização do bem-estar e da felicidade. Maximizar a utilidade é um princípio tanto para o cidadão comum quanto para os legisladores. Ao determinar as leis ou normas a serem cumpridas, um governo deve fazer o possível para potencializar a felicidade da sociedade. Nas palavras do autor:

O argumento de Bentham para o princípio de que devemos maximizar a utilidade assume a forma de uma audaciosa afirmação: não existe a menor possibilidade de rejeitá-lo. Todo argumento moral, diz ele, deve implicitamente inspirar-se na ideia de maximizar a felicidade. As pessoas podem dizer que acreditam em alguns deveres ou direitos absolutos e categóricos. Mas não teriam base para defender esses deveres ou direitos a menos que acreditassem que respeitá-los poderia maximizar a felicidade humana, pelo menos em longo prazo. [...] Bentham achava que seu princípio da utilidade era uma ciência da moral que poderia servir como base para a reforma política. Ele propôs uma série de projetos com vistas a tornar a lei penal mais eficiente e humana. (SANDEL, 2014, p. 49)

Scariot (2014) salienta que, na concepção de Bentham, o homem é governado pelo prazer e pela dor, ambos relacionados ao princípio da máxima felicidade. Em relação aos legisladores, estes devem promover a felicidade social por meio da aplicação de punições e de recompensas. “Dessa forma, as penas são males aplicados com o objetivo de produzir um bem – a prevenção dos delitos.” (p. 741). Ainda nas palavras da autora:

O filósofo estabelece um conceito jurídico de punição ou, para ser fiel à terminologia benthamita, pena legal. Segundo esse conceito, a pena legal é um mal que exige o preenchimento de formalidades jurídicas, é imposta a indivíduos convencidos de terem praticado um ato prejudicial legalmente proibido e possui finalidade preventiva. A sanção criminal deve ser um desprazer aplicado por quem possui o direito de punir e recebida por quem, de acordo com o julgamento de um juiz ou tribunal, cometeu uma ação punível. Para saber se uma determinada ação é punível deve-se considerar, além da ação em si, as circunstâncias nas quais ela é praticada, a intenção que a acompanha, a consciência ou inconsciência do indivíduo que a pratica, seu motivo e a disposição geral que ela evidencia; como a pena, segundo Bentham, não tem valor em si, somente será aplicada quando constituir um meio preventivo. (SCARIOT, 2014, p. 741-742)

Mirabete e Fabbrini (2012) explicam que à pena era atribuído um fim exclusivamente prático, em especial o de prevenção. O crime não seria causa da pena, mas a ocasião para ser aplicada. Sendo o crime a violação do Direito, o Estado deve impedi-lo por meio da coação psíquica (intimidação) ou física (segregação). A pena é intimidação para todos, ao ser cominada abstratamente e, para o criminoso, ao ser imposta no caso concreto.

O crime não seria causa da pena, mas a oportunidade para ser aplicada. O caráter preventivo da pena, defendido pelos utilitaristas, possui fundamentos para a consolidação de uma prevenção especial e geral. A primeira tem como destinatário o próprio criminoso, a fim de impedi-lo que cometa novos delitos e, assim, não se torne reincidente, tendo efeito intimidativo e corretivo. A segunda pretende prevenir que terceiros cometam o mesmo delito, por meio da ameaça configurada pela punição. O fim da pena é a prevenção geral, quando intimida todos os componentes da sociedade, e de prevenção particular, ao impedir que o delinquente pratique novos crimes, intimidando-o e corrigindo-o. Leciona Costa Jr.:

A pena, de caráter ético-pedagógico, visa à redenção moral do condenado, à sua ressocialização. Juristas há que, assentados nas ideias iluministas, veem na pena uma fundamentação utilitarista: um meio para dissuadir os criminosos da prática delituosa. Sendo um mal, a pena atua psicologicamente como um impulso negativo (*controspinta*), que neutraliza aqueles que procuram um prazer no crime (*spinta*). É a teoria dita da prevenção genérica ou da intimidação (Romagnosi, Feuerbach): *punitur ut ne peccetur*. Sob o aspecto formal, há dois momentos, lógica e cronologicamente distintos: o momento da sanção penal (correspondente e paralelo àquele da ameaça penal) e o momento da aplicação da sanção penal (correspondente e paralelo àquele da execução da ameaça penal). (2010, p. 190-191)

O penalista Costa Jr. (2010) destaca a finalidade de ressocialização do criminoso e o caráter utilitário da pena, e ainda acrescentando que apenas a punição justa pode cumprir a função intimidativa de forma satisfatória, ao contrário, a aplicação de penas excessivas e cruéis somente estimulam os impulsos criminógenos, de acordo com o posicionamento do autor.

Segundo Carvalho (2015), com a entrega da liberdade individual como garantia da obrigação, o poder punitivo é, ao mesmo tempo, fundamentado e

limitado. Como o pacto se refere fundamentalmente a liberdade individual, somente este bem poderia ser atingido em caso de violação do contrato social. A aplicação da punição sobre qualquer outro bem seria ilegítima, pois excederia o pactuado entre as partes. A estrutura penal assentada na teoria do contrato social estabelece limites à intervenção do Estado.

A partir das concepções beccarianas e benthamitas, é desenvolvida a teoria da pena alicerçada em critérios de utilidade social. Para Carvalho (2015, p. 67), “a tese utilitarista fundamentadora pode ser expressa na equação “a máxima felicidade ao maior número de pessoas.” Como se pode ratificar nas palavras de Beccaria:

Melhor prevenir os crimes que puni-los. Esta é a finalidade precípua de toda boa legislação, arte de conduzir os homens ao máximo de felicidade, ou ao mínimo de infelicidade possível, para aludir a todos os cálculos dos bens e dos males da vida; entretanto, os meios empregados até agora têm sido, em sua maioria falsos e contrários ao fim proposto. (BECCARIA, 2013, p. 136)

No capítulo “Como prevenir os delitos”, Beccaria (2013) afirma que para ocorrer a prevenção dos crimes é preciso existir leis claras e simples, defendidas por toda nação, bem como leis que favoreçam menos as classes do homem do que o próprio homem.

Para Carvalho (2015, p. 67), “o sentido utilitário da pena rompe com o pensamento retributivista, no qual a sanção possui finalidade em si mesma ao repreender fatos passados ao invés de atribuir significado futuro.” Sobre a finalidade da pena, Beccaria (2013, p. 56) ainda afirma: “fica evidente que o fim das penas não é atormentar e afligir um ser sensível, nem desfazer o delito já cometido.”

Beccaria (2013) enfatiza a proporcionalidade que deve existir entre os delitos e as penas. Para o autor, os obstáculos que afastam os homens dos delitos devem ser mais fortes e proporcionais aos impulsos que os levam a delinquir.

O Marquês considera que a única e verdadeira medida do crime é o dano causado à nação e assinala como incorreto o pensamento de que a medida do

delito deve ser concentrada na intenção do criminoso. Novamente confirma: “a verdadeira medida do delito é o dano à sociedade”. (BECCARIA, 2013, p. 47).

2.4.3 Teorias mistas ou ecléticas: retribuição e prevenção

“As teorias mistas partem do pressuposto de que as funções retributivas e preventivas não são inconciliáveis. Por este motivo, pode-se identificar na pena um duplo papel: retribuir e prevenir.” (ESTEFAM, 2010, p.294).

As teorias mistas ou ecléticas reuniram fundamentos das duas teorias anteriormente explicadas. Segundo Mirabete e Fabbrini (2012, p. 231), “passou-se a entender que a pena, por sua natureza, é retributiva, tem seu aspecto moral, mas sua finalidade é não só a prevenção, mas também um misto de educação e correção”. Para os ecléticos, a pena deve ter as finalidades de punir e prevenir. Esta corrente teórica busca aplicar as principais justificativas das teorias absolutas e relativas da punição.

2.5 Outros modelos teóricos de justificação da punição

Além das três concepções teóricas tradicionais apresentadas, encontramos ainda outros modelos contemporâneos que discorrem sobre a justificação da punição, como as teorias da prevenção geral positiva e da prevenção geral especial.

Carvalho (2015), no livro *Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro*, explana sobre novos discursos das ciências criminais atuais e afirma que as principais concepções contemporâneas de justificação da punição estão fundamentadas na renovação ou na readequação dos tradicionais discursos e teorias, como, por exemplo, as tendências neorretributivistas da teoria do merecimento, defendida por Tonry, Hirsch e Ashworth, e a concepção neoutilitária da teoria garantista, defendida por Luigi Ferrajoli.

Explicaremos a seguir, de forma resumida, os modelos teóricos contemporâneos de justificação da punição.

- **Teoria da prevenção geral positiva: racionalidade comunicativa.** Para esta teoria, a punição deve ser considerada um mecanismo de

transmissão de mensagens e comunicação, e a discussão sobre o tema deve estar relacionada a uma racionalidade comunicativa.

Para Estefam (2010), a concepção da prevenção geral positiva é a de que a aplicação da punição consiste em um mecanismo necessário para transmitir uma mensagem a toda sociedade, para que esta possa funcionar de modo correto. O cerne da mensagem transmitida é de que, apesar do cometimento do crime, a norma penal segue vigente. Contudo, o autor adverte que essa informação somente será transmitida, se a punição for aplicada de forma efetiva. O autor exemplifica:

A expectativa (interna) de que a norma encontra-se em vigor e será cumprida é fundamental para o funcionamento da sociedade. Quando uma pessoa toma seu veículo pela manhã e se dirige ao trabalho, o faz por acreditar (inconscientemente) que as normas de trânsito são válidas, eficazes e serão respeitadas. Se uma pessoa defrauda essa expectativa, a aplicação da pena cominada é fundamental para que se receba, difusamente, a mensagem multicitada: de que, apesar da defraudação (leia-se, da conduta criminosa que violou uma norma de conduta), a norma segue vigente. Quando alguém deixa seus objetos longe de suas vistas, na crença de que poderá fazê-lo sem que outros deles se apoderem, o faz porque conta com uma expectativa normativa (a de que a norma ínsita no art. 155 do CP – furto – será respeitada). Se uma pessoa se anima a levantar cedo e caminhar pelo parque da cidade, o faz por supor que sua vida, sua integridade física e seu patrimônio serão respeitados, isto é, essa pessoa conta com a esperança de que as normas contidas nos arts. 121 (não matarás), 129 (é proibido ofender a integridade corporal e a saúde de outrem, 155 (não furtarás), 157 (é proibido roubar) etc., serão todas observadas pelos demais. (ESTEFAM, 2010, p. 295)

Para o autor, as expectativas normativas são fundamentais para a vida em sociedade e precisam estar associadas à eficácia da punição aplicada, quando ocorre a prática de um crime.

- **Prevenção especial positiva: ressocialização.** Conforme Estefam (2010), para a teoria da prevenção especial positiva, a imposição da punição deve ter a finalidade de reeducar o condenado e promover sua reinserção social. A reintegração social do condenado é um objetivo a ser atingido que, portanto, deve ser buscado pela lei penal e pelo Estado, contudo, o autor destaca que ninguém pode ser obrigado a se ressocializar, logo, é o próprio condenado o principal responsável por seu destino.

- **Teoria da pena merecida: proporcionalidade.** Para Carvalho (2015), o princípio norteador da teoria do merecimento é o do estabelecimento de mecanismos de orientação para que o juiz aplique penas que sejam proporcionais à gravidade do crime praticado. A delimitação de parâmetros de proporcionalidade permitiria a criação de escalas de punições de acordo com a lesividade provocada pelo infrator, de forma a estabelecer paridade quantitativa (tempo) e qualitativa (espécie) entre as penas decorrentes de infrações de natureza semelhante. Para esta teoria, o infrator deve ser percebido como sujeito livre, responsável por sua conduta voluntária.

- **Teoria garantista: defesa dos direitos fundamentais do infrator.** Carvalho (2015) afirma que a teoria garantista postula um utilitarismo reformado que se projeta como modelo de mitigação e de controle da punição. À premissa utilitarista clássica, Ferrajoli acrescenta a garantia de defesa dos direitos dos violadores das leis penais, os destinatários da punição.

O modelo penal garantista é considerado um modelo racional de justificação e um modelo constitucional de legalidade, idôneo a limitar e ao mesmo tempo convalidar ou invalidar o poder punitivo do Estado. (FERRAJOLI, 2010). Garantismo significa a proteção dos valores ou direitos fundamentais cuja satisfação, ainda contra os interesses da maioria, é o fim justificante do direito penal: a imunidade dos cidadãos contra as proibições e punições arbitrárias, a defesa dos fracos, a dignidade da pessoa do criminoso e, portanto, a garantia da sua liberdade através do respeito pela sua verdade.

2.6 Movimentos ideológicos de sistema penal

Importante destacar que além das teorias de justificação da punição também existem movimentos ideológicos que têm buscado adequar o sistema penal. Destacamos três principais movimentos ideológicos, a saber: o Abolicionismo, o Movimento de Lei e Ordem e o Direito Penal Mínimo.

- **Abolicionismo penal.** Segundo Batista, Zaffaroni, Alagia e Slokar (2003), o Abolicionismo postula o desaparecimento do sistema penal e propõe sua substituição por modelos informais de solução alternativa de conflitos, partindo da deslegitimação do poder punitivo e de sua falta de capacidade na resolução dos litígios. Sobre o abolicionismo:

Cuida-se de um movimento de fundo filosófico que prega, senão uma completa abolição do Direito Penal, um rompimento da cultura punitiva da sociedade e uma revolução no tratamento do sistema de justiça criminal. (ESTEFAM, 2016, p. 60)

O penalista afirma que os maiores expoentes do abolicionismo penal são: Louk Hulsman (Holanda); Thomas Mathiesen e Nils Christie (Noruega); e Sebastian Scheerer (Alemanha). Os abolicionistas defendem os processos de descriminalização, ou seja, transformação de comportamentos criminosos em não criminosos sustentam a despenalização, substituindo a pena de prisão por punições alternativas e “a adoção de modelos conciliatórios, terapêuticos, indenizatórios e pedagógicos, em que a sociedade se engaja na solução de conflitos, em vez de enfrentá-los por meio do modelo punitivo tradicional.” (ESTEFAM, 2016, p. 60).

- **Movimento de lei e ordem.** O Movimento de Lei e Ordem, conforme explica Greco (2011), preconiza o discurso do Direito Penal Máximo, radical e punitivista, com apelo à “tolerância zero”, sendo a mídia a grande propagadora desse movimento. A política de tolerância zero é uma das vertentes desse movimento político-criminal, que tem a pretensão de transformar o Direito Penal, através do poder punitivo do Estado, no grande protetor de, basicamente, todos os bens existentes na sociedade, bastando a vontade do legislador para determinar os crimes.

Estefam (2016) comenta que este movimento tem a política criminal americana como fonte inspiradora, sobretudo na cidade de Nova Iorque, no fim do século passado e início do atual século, em que foi adotada a política de “tolerância zero”. Acredita-se, pelas concepções do movimento de “lei e ordem”, que o Estado deve exercer seu poder punitivo, desde as infrações mais leves, pois considera-se que os graves delitos são praticados por quem, anteriormente, cometeu pequenos crimes. Sob esta concepção, o Estado deve intervir em sua potência máxima para impedir a evolução do agente para o caminho criminoso.

-**Direito Penal Mínimo.** Por sua vez, o Direito Penal Mínimo que, de acordo com Greco (2011), tem seu discurso voltado à proteção somente dos

bens necessários ao convívio em sociedade. Nas concepções do “minimalismo penal”, o legislador deve considerar a realidade e as transformações sociais, e adotar critérios de proporcionalidade, aplicando os princípios constitucionais tanto na criação quanto na revogação dos crimes. Assim, é o legislador quem determina quais são os bens necessários ao convívio social que necessitam da proteção do Estado, na esfera do Direito Penal.

Para Greco (2011), o discurso minimalista é o mais coerente com a realidade social. O autor denomina “Direito Penal do equilíbrio”, a visão minimalista do Direito Penal, em que o raciocínio gira em torno da proteção dos bens mais importantes existentes na sociedade, demonstrando a natureza subsidiária do Direito Penal, que deve ser regido por uma série de princípios em que se destacam a dignidade da pessoa humana, a intervenção mínima do Estado, a adequação social e a proporcionalidade dos crimes e das penas.

3 O DISCURSO DA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA SOBRE A PUNIÇÃO

Vimos, na seção anterior, que existem diferentes teorias de justificação da punição, bem como movimentos ideológicos de sistema penal, cada qual com seus próprios fundamentos e discursos. Mas, afinal, qual é a teoria adotada pelo legislador brasileiro? Que tipo de discurso sobre a punição encontramos na legislação penal pátria?

Nesta seção, teremos dois objetos de análise, a saber: o artigo 59, do Código Penal Brasileiro, que trata da aplicação e da fixação da pena (dosimetria da pena) e o artigo 1º, da Lei de Execução Penal (LEP), que estabelece o objetivo da execução penal, do cumprimento da pena.

A partir da análise dos textos legais mencionados, iremos explicar o tipo de discurso a respeito da punição, estabelecido pela lei penal. Para tanto, iniciaremos com algumas explicações teóricas sobre discurso.

3.1 Concepções teóricas sobre discurso

A noção sobre discurso pode ser compreendida com diferentes sentidos, dos mais estritos aos mais amplos, como salienta Maingueneau (2008), em *Gênese dos discursos*.

Sobre a origem da palavra, a linguista Orlandi (2005, p. 15) explica: “A palavra discurso, etimologicamente, tem em si a ideia de curso, de percurso, de correr, por em movimento. O discurso é assim palavra em movimento, prática de linguagem.” Segundo a autora, por meio do estudo do discurso, o homem é observado em sua fala:

A Análise de Discurso concebe a linguagem como mediação necessária entre o homem e a realidade natural e social. Essa mediação, que é o discurso, torna possível tanto a permanência e a continuidade quanto o deslocamento e a transformação do homem e da realidade em que ele vive. O trabalho simbólico do discurso está na base da produção da existência humana. (ORLANDI, 2005, p. 15)

Por meio do discurso, os fatos, as crises, as pessoas podem permanecer nas mesmas condições, porém, essa instância da linguagem também pode

mover uma transformação humana e da realidade social, a modificação do pensamento e do comportamento humano. É nesse sentido que iremos apresentar (e posteriormente contestar) o discurso anunciado pela legislação penal brasileira sobre a punição criminal.

Em *Estética da criação verbal*, Bakhtin (2011) assevera:

Todos os diversos campos da atividade humana estão ligados ao uso da linguagem. Compreende-se perfeitamente que o caráter e as formas desse uso sejam tão multiformes quanto os campos da atividade humana, o que, é claro, não contradiz a unidade nacional de uma língua. O emprego da língua efetua-se em forma de enunciados (orais e escritos) concretos e únicos, proferidos pelos integrantes desse ou daquele campo da atividade humana. Esses enunciados refletem as condições específicas e as finalidades de cada referido campo não só por seu conteúdo (temático) e pelo estilo da linguagem, ou seja, pela seleção dos recursos lexicais, fraseológicos e gramaticais da língua, mas, acima de tudo, por sua construção composicional. Todos esses três elementos – o conteúdo temático, o estilo, a construção composicional – estão indissoluvelmente ligados no todo do enunciado e são igualmente determinados pela especificidade de um determinado campo da comunicação. Evidentemente, cada enunciado particular é individual, mas cada campo de utilização da língua elabora seus *tipos relativamente estáveis* de enunciados, os quais denominados *gêneros do discurso*. (p. 261-262).

Orlandi (2005) considera a linguagem, por meio do discurso, o eixo mediador entre o homem e a realidade social, capaz de promover-lhes permanência ou transformação. Bakhtin (2011), por sua vez, destaca que a riqueza e a variedade dos gêneros do discurso não se findam porque as possibilidades das multiformes atividades do homem são inesgotáveis. Nessa direção, pontua-se que o Direito Penal está inserido em um contexto histórico-social, que vem sendo modificado ao longo dos anos e que tem as ações humanas como referência, pois o legislador estabelece as condutas criminosas (ações humanas) e as respectivas punições para o violador da norma penal, além de considerar as consequências do crime à vítima, à sociedade e ao próprio delinquente.

Brandão afirma que o discurso é o ponto articulador dos processos ideológicos e dos fenômenos linguísticos e esclarece:

A linguagem enquanto discurso não constitui um universo de signos que serve apenas como instrumento de comunicação ou suporte de pensamento; a linguagem enquanto discurso é interação, e um modo de produção social; ela não é neutra, inocente e nem natural, por isso o lugar privilegiado de manifestação da ideologia. [...] Como elemento de mediação necessária entre o homem e sua realidade e como forma de engajá-lo na própria realidade, a linguagem é lugar de conflito, de confronto ideológico, não podendo ser estudada fora da sociedade, uma vez que os processos que a constituem são histórico-sociais. (BRANDÃO, 2010, p. 11).

Além de servir como instrumento de comunicação, a linguagem enquanto discurso representa interatividade, diálogo, uma forma de produção social e manifestação ideológica. A autora assevera que a linguagem enquanto discurso é um espaço de conflito e confrontação ideológicas, logo, deve ser compreendida no contexto coletivo, levando-se em conta as influências histórico-sociais.

Nesse sentido, buscaremos analisar o discurso jurídico formado pela lei penal em relação à punição.

3.2 O discurso jurídico

No tocante ao discurso jurídico, as análises de Bourdieu (2010) centralizam-se na concepção do poder simbólico. O Direito é concebido como discurso que tem por principal marca o poder de ser legitimado pela peculiar condição simbólica. Não apenas pelo ritual jurídico, mas também pelo discurso elaborado na área jurídica.

Segundo Bourdieu (2010), o Direito é uma forma do poder simbólico, desse modo, o discurso do Direito tem o poder de nomear e, por meio dessa nomeação, a intrínseca capacidade de criar as coisas nominadas para os grupos sociais e para a sociedade de modo geral.

A partir dessa nomeação se confere às realidades que surgem desse mesmo discurso várias operações de classificação. Em suma, nomeia as coisas que cria por classificação, isto é, gera pelo discurso as “coisas do Direito”.

Segundo Lamundo (2017), as classificações possibilitam a permanência, ou seja, a continuação, a preservação das coisas criadas. Entretanto, esta marca do Direito provém da condição de ser uma instituição histórica. Por isso,

todas as instituições históricas possuem também a inerente capacidade de manter a permanência das coisas.

3.2.1 O discurso jurídico de interferência

Iamundo (2017) salienta que ao Direito cabe o discurso de interferência, o discurso que atua efetivamente na realidade, em razão desta atuação interferir no mundo social (sentido coletivo), e também na particularidade da vida das pessoas (sentido individual).

Contudo, destaca-se que a eficácia do Direito está inserida dentro de certos limites. De acordo com a teoria bourdiana, o poder simbólico do Direito se impõe pela razão de nomear, ou seja, de dizer o direito, transforma o mundo ao transformar palavras para nomear por meio do discurso jurídico, no sentido de realmente expor determinadas categorias que são apreendidas.

Iamundo (2017) acrescenta que pela nomeação acontece uma real criação, a constituição de um poder que se impõe por ser estabelecido e ajustado às categorias preexistentes.

Segundo Bourdieu (2010), o discurso jurídico possui um “quê profético”, ou seja, de anunciar antecipadamente algo que está por vir. Sobre o significado desse “quê profético” encontramos alguns questionamentos e explicações:

O que significa esse ato profético? Denota que o discurso jurídico, ao nomear o mundo para transformá-lo, acaba por anunciar aquilo que está em vias de surgir. De modo que isso ocorre? Ocorre pelo fato de que novas práticas sociais, culturais, enfim novas condutas tanto individuais quanto coletivas surgem muito antes de serem normatizadas. (IAMUNDO, 2017, p. 105-106)

Para que seja entendido como fonte de legitimidade, o Direito como poder simbólico busca meios de normatizar os novos valores, as novas atitudes, os novos comportamentos e, por isso, ao anunciarem, já anunciam pelas nomeações aquilo que, de uma forma ou de outra, irá se concretizar na prática efetiva da sociedade.

Segundo as explicações de Iamundo (2017), o ato criador é um ato de criação pelo material que já está ao dispor de todos, entretanto o discurso

jurídico deve ser interpretado dentro dos limites de que é um discurso que se impõe como legitimado. Nas palavras do autor:

O poder simbólico do discurso jurídico só se impõe como todos os demais poderes simbólicos pelo fato de se ajustar à realidade social. Assim, o discurso jurídico, ao nomear, se legitima porque é o dizer daquilo que já está posto pela realidade da organização social, isto é, já está posto pelo tecer das relações sociais. (IAMUNDO, 2017, p. 106)

3.2.2 A efetividade do discurso jurídico

A eficácia da nomeação jurídica decorre da imposição como regra jurídica daquilo que já está na realidade social. Para Iamundo (2017, p. 106), “a eficácia apresenta-se na forma de codificação, codificação essa que deve ser interpretada dentro dos limites já determinados, isto é, determinados como neutros e sistematizados”.

A interpretação das palavras codificadas acaba, contudo, ficando restrita aos profissionais que praticam o exercício simbólico do poder jurídico, como explica o autor:

O poder simbólico do discurso jurídico, isto é, o poder de nomear e anunciar legitimam-se por um processo de crença. Crença essa que é uma verdadeira concessão ao ordenamento jurídico e que, por estar no ordenamento jurídico, deve imperiosamente reproduzir-se para manter-se. (IAMUNDO, 2017, p. 107)

A “neutralidade” e a autonomia do Direito e dos profissionais jurídicos sustentam-se na “crença” de dizer, de nomear o universal por uma linguagem particular. Nas palavras do autor:

A universalidade do discurso jurídico impõe-se, se não conflitante, pelo menos de modo paradoxal, pois impõe-se, de um lado, como regulado por agentes por um princípio de coerência, pode-se dizer de lógica e, de outro lado, por uma legitimação universal por apoiar-se como necessidade, portanto como ética. (IAMUNDO, 2017, p. 107)

Portanto, a linguagem jurídica, ao fazer uso de palavras para nominar algo muito diferente daquilo que é usual para a comunicação popular, propicia

um desvio, o qual é resultado de duas visões de mundo distintas, isto é, de um lado o não jurídico e, do outro, o jurídico, que o autor Lamundo (2017, p. 16) chama respectivamente de profano e sagrado: “O sagrado é o ato discursivo público jurídico, enquanto o profano é o ato discursivo e prático dos que não possuem a legitimidade do poder simbólico de *dizer* o direito.”

Assim, o discurso jurídico acontece em um espaço de pensamentos e em um ambiente físico diferentes. De um lado, o popular e, do outro, o sagrado.

O discurso também permite uma (re) leitura das instituições jurídicas, como se pode verificar:

O discurso, concebido como linguagem em ação, permite pensar o Direito e as teorias produzidas por ele, como uma linguagem em operação dentro de uma formulação social, produzindo e reproduzindo uma leitura de suas instituições que, por sua vez, coaduna e às vezes determina o comportamento das distintas instâncias que o compõem. Desse ângulo, o discurso jurídico será parte preponderante do discurso do poder. (ENTELMAN, 1982 *apud* WOLKMER, 2002, p. 24)

No artigo “Análise Crítica do discurso jurídico: uma proposta de investigação”, Mozdzenski (2010) afirma que o Direito é uma das áreas do conhecimento que mais interessa à sociedade, pois é o ordenamento jurídico que coíbe, obriga ou permite determinadas ações, punindo aqueles que descumprem o estabelecido pelo texto legal.

Por meio do discurso jurídico, é possível refletirmos o Direito e suas teorias, promovendo uma (re) leitura teórica das próprias instituições jurídicas. É nesse sentido que faremos uma (re) leitura do discurso jurídico enunciado na legislação penal brasileira, sobre a punição.

Dessa forma, consideramos que a lei contém em seu texto um tipo de discurso, que é o discurso jurídico, o discurso de interferência, o discurso que interfere na realidade das pessoas, o discurso que nomeia as coisas. No campo do Direito Penal, consideramos que a lei penal é um exemplo de discurso jurídico, no qual exploraremos o discurso do artigo 59 do Código Penal, acerca da aplicação da pena, e dos artigos 1º e 10, da Lei de Execução Penal, que tratam da finalidade da execução da pena e dos deveres do Estado em relação ao condenado preso.

3.3 Análise do artigo 59 do Código Penal Brasileiro: o discurso da lei sobre a aplicação da punição

Durante o Estado Novo, em 1937, como relata Bitencourt (2012), foi apresentado um projeto de código criminal brasileiro, que, depois de ser analisado por uma comissão revisora, recebeu a aprovação do presidente Getúlio Vargas, pelo Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, denominado Código Penal, passando a vigorar no dia primeiro de janeiro de 1942 até os dias atuais, embora parcialmente reformulado.

Bitencourt (2012) explica que, desde a década de quarenta, dentre as várias leis que modificaram o vigente código, destacam-se a Lei nº 6.416/77, que atualizou as espécies de punições e a Lei nº 7.209/84, que estabeleceu uma nova parte geral. Sobre a reforma do sistema penal de 1984, Mirabete e Fabbrini discorrem de modo reflexivo e crítico:

A nova lei é resultado de um influxo liberal e de uma mentalidade humanista em que se procurou criar novas medidas penais para os crimes de pequena relevância, evitando-se o encarceramento de seus autores por curto lapso de tempo. Respeita a dignidade do homem que delinuiu, tratado como ser livre e responsável, enfatizando-se a culpabilidade como indispensável à responsabilidade penal. (MIRABETE e FABBRINI, 2012, p. 25)

Assim, nas décadas de 70 e 80, o Código Penal Brasileiro foi submetido a uma reforma considerada humanista que criou novas medidas alternativas para os crimes de menor potencial ofensivo, evitando-se a prisão de curta durabilidade, e também buscou respeitar a dignidade humana do infrator.

O artigo 59 do Código Penal está inserido na parte que trata da aplicação da pena. A parte final do *caput* deste artigo dispõe que o juiz, após analisar um conjunto de circunstâncias judiciais⁴, deve aplicar a pena ao criminoso, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime. Seguem as palavras da lei:

⁴ Circunstâncias judiciais são as oito circunstâncias indicadas no art. 59 do CP: culpabilidade; antecedentes; conduta social; personalidade do agente; motivos, circunstâncias e consequências do crime e o comportamento da vítima. Estas circunstâncias são analisadas pelo juiz na fixação da pena-base, que integra a primeira fase da dosimetria da pena.

Art. 59 - **O juiz**, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, **estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:**

I as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. (BRASIL, 2016, p. 161, GRIFO NOSSO)

O artigo 59 do Código Penal é o mais importante dispositivo legal em matéria de punição, porque é neste texto legal que encontramos os fundamentos de justificação para a aplicação da pena, estabelecidos pelo legislador brasileiro.

O estudo do artigo 59 do Código Penal é também imprescindível para extrairmos do texto da lei o tipo de discurso declarado pelo legislador, em relação à punição.

Para aplicar a punição ao infrator, o juiz deve examinar atentamente cada uma das circunstâncias judiciais enunciadas no artigo em comento. Este artigo é fundamental para a dosimetria da pena, ou seja, para quantificar e estabelecer a espécie de pena que será aplicada ao infrator, como podemos constatar:

O art. 68 do Código Penal determina que a pena será aplicada observando-se três fases distintas. Inicialmente, deverá o julgador encontrar a chamada pena-base, sobre a qual incidirão os demais cálculos. Nos tipos penais incriminadores existe uma margem entre as penas mínima e máxima, permitindo ao juiz, depois da análise das circunstâncias judiciais previstas pelo art. 59 do Código Penal, fixar aquela que seja mais apropriada ao caso concreto. [...] Cada uma dessas circunstâncias judiciais deve ser analisada e valorada individualmente, não podendo o juiz simplesmente se referir a elas de forma genérica, quando da determinação da pena-base, sob pena de se macular o ato decisório, uma vez que tanto o réu como o Ministério Público devem entender os motivos pelos quais o juiz fixou a pena-base naquela determinada quantidade. (GRECO, 2012, p. 555)

A pena-base a que se refere Rogério Greco é a pena fixada pelo juiz na primeira fase da dosimetria ou cálculo da pena, como consta no artigo 68, *caput*, do Código Penal:

A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento. (BRASIL, 2016, p. 162, GRIFO NOSSO)

Nota-se, portanto, que a dosimetria da pena é dividida em três fases: a) a primeira fase, em que ocorre a fixação da pena-base, de acordo a análise das circunstâncias judiciais e tendo como parâmetro a pena abstrata (mínima e máxima) do crime; b) a segunda fase, em que o juiz analisa a existência ou não de circunstâncias agravantes e atenuantes da pena, previstas nos artigos 61 a 66 do Código Penal; e c) a terceira fase, em que o juiz analisa a existência de causas de aumento ou de diminuição da pena, estabelecidas na parte geral do Código Penal ou nas disposições dos próprios crimes.

O sistema trifásico de dosimetria da pena, que quantifica e determina a espécie de punição ao infrator, deve ser estabelecido pelo magistrado, aquele que exerce na prática o *jus puniendi*. A punição determinada pelos juízes deve ser aplicada e dosada **conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.**

A lei penal brasileira em vigor anuncia e institui a aplicação de uma punição proporcional. O modelo de punição proporcional, que observa a necessidade e a suficiência para reprovar e prevenir o crime, é desafiador. Trata-se de um grande desafio tanto para o Poder Legislativo quanto para o Poder Judiciário. Nesse sentido, importante explicação sobre o juízo de proporcionalidade:

O juízo da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena). Toda vez que, nessa relação, houver um desequilíbrio acentuado, estabelece-se, em consequência, inaceitável desproporção. O princípio da proporcionalidade rechaça, portanto, o estabelecimento de cominações legais (proporcionalidade em abstrato) e a imposição de penas (proporcionalidade em concreto) que careçam de relação valorativa com o fato cometido considerado em seu significado global. Tem, em consequência, um duplo destinatário: o poder legislativo (que tem de estabelecer penas proporcionadas, em abstrato, à gravidade do delito) e o juiz (as penas que os juízes impõem ao autor do delito têm de ser proporcionadas à sua concreta gravidade). (SILVA FRANCO, 1997, p. 667)

A “proporcionalidade em abstrato”, denominada por Silva Franco (1997), é um desafio para o Poder Legislativo, pois exige que o legislador, ao determinar a punição abstrata de um crime, consiga estabelecer uma punição que seja eficiente de tal forma que previna a prática da conduta criminosa, considerando a gravidade do delito.

De igual modo, a “proporcionalidade concreta” também é desafiadora para o Poder Judiciário, pois os juízes têm o encargo de aplicarem a punição ao criminoso, de modo que esta seja proporcional à gravidade concreta do delito e que cumpra as finalidades de retribuição e de prevenção.

Para o Código Penal Brasileiro, a punição proporcional deve ser estabelecida para reprovar e prevenir o crime. Sendo assim, o legislador adotou no texto legal a teoria mista ou eclética quanto à finalidade e justificação da pena.

Como explicamos na seção anterior (item 2.3.3), a teoria mista ou eclética considera que a punição possui funções retributivas e preventivas, ou seja, o Estado deve retribuir o mal causado pelo infrator, reprovando a conduta criminosa e, ao mesmo tempo, prevenir a ocorrência de outros delitos.

Portanto, está anunciado na lei penal brasileira o discurso jurídico-teórico de que a punição/pena deve reprovar e prevenir o crime. Estefam explica:

Significa que o magistrado deve voltar-se ao passado e, ao impor a pena, mirar na retribuição pelo ato cometido e, fazendo-o, graduar a pena segundo a gravidade do ato praticado; deve ele também mirar o futuro e impor a sanção de modo a que sirva de exemplo para todos (prevenção geral) e de fator interno de reflexão (prevenção especial). (ESTEFAM, 2010, p. 294)

O autor discorre que a legislação penal brasileira determina que os juízes retribuam e previnam o crime, ao aplicarem e dosarem a pena. Os juízes devem retornar ao passado (tempo do crime)⁵ para retribuírem ao infrator à medida da lesividade e gravidade do crime cometido e, ao mesmo tempo, devem projetar o futuro estabelecendo uma punição que consiga ser modelo exemplar para a

⁵ Sobre tempo do crime, o artigo 4º do Código Penal dispõe: “considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado. (BRASIL, 2016, P. 155).

sociedade e, ao mesmo tempo, sirva de reflexão pessoal para infrator, a fim de que não volte a delinquir, impedindo, assim, a reincidência.

Considerando que o discurso, de acordo com as explicações de Orlandi (2005), é um instrumento de mediação entre o homem e a realidade natural e social, que pode tornar possível tanto a permanência e a continuidade quanto o deslocamento e a transformação do homem e da realidade em que ele vive, identificamos nas palavras e mensagem contidas no artigo 59 do Código Penal, além da adoção da teoria mista ou eclética de justificação da punição, a própria formação teórica do que chamamos de **discurso retributivo-preventivo** do crime que, de alguma forma, pretende transformar a realidade do criminoso (prevenção especial), como também da própria sociedade (prevenção geral).

Dessa forma, mais do que uma posição teórica de justificação, a lei penal pronuncia o discurso da pretensão retributiva do Estado, mas também verbaliza a pretensão preventiva do crime. Consideramos, então, com base nas concepções bakhtinianas, que a lei penal é uma espécie de gênero do discurso, e o artigo 59 do Código Penal é um campo de comunicação entre o legislador e o indivíduo criminoso, bem como entre o legislador e o indivíduo não criminoso, ou seja, entre o legislador e cada membro da sociedade.

Asseveramos ainda, tendo como referência as explicações de Brandão (2010) sobre a linguagem enquanto discurso, que a lei penal possui o seu discurso, logo, deve ser considerada mais do que um meio de comunicação. A lei penal é uma forma de interação e um modo de produção social entre o legislador e a sociedade. O artigo 59 do Código Penal, em seu discurso retributivo-preventivo, serve como elemento de mediação entre o homem e sua realidade, a ponto de induzi-lo a modificar a própria realidade. Isso significa que, além do efeito de reprovação do crime, a punição também deve exercer a função preventiva especial para que o criminoso não cometa novo crime, e a função preventiva geral para que aqueles que nunca cometeram qualquer delito permaneçam com a “ficha limpa”.

O que queremos dizer é que da lei penal além de podermos extrair a norma, a regra, o princípio, o limite de sua aplicabilidade, também identificamos sua comunicabilidade, por meio do discurso inserido no texto legal. É o que ocorre no artigo em comento.

3.4 Artigos 1º e 10 da Lei de Execução Penal: o discurso da lei sobre o cumprimento da punição

A lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 institui a Lei de Execução Penal (LEP)⁶. Dentre as normas e garantias desta legislação penal especial foram estabelecidas todas as assistências⁷ destinadas ao preso; o trabalho com finalidade educativa e produtiva; os direitos e deveres do preso foram pormenorizados; a disciplina, as faltas disciplinares, as sanções e as recompensas; a especificação dos órgãos da execução penal; as regras dos estabelecimentos penais, entre outras.

Segundo Pavarini e Giamberardino (2011), a lei nº 7.210/84 consolidou uma execução penal jurisdicionalizada, mais humana, responsável e ajustada com o Estado Democrático de Direito, como podemos constatar a partir de seu artigo inaugural:

Art. 1º **A execução penal tem por objetivo** efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal e **proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado** e do internado. (BRASIL, 2016, p.377, GRIFO NOSSO)

Pelo texto do artigo mencionado, podemos verificar que, em matéria de execução penal, isto é, de cumprimento da punição, foi adotada a teoria da prevenção especial positiva, cuja finalidade central é a ressocialização do criminoso.

Do ponto de vista legal-teórico, a ressocialização do criminoso é concebida pelo legislador como o principal objetivo da execução da pena. Compete ao Estado a responsabilidade de oferecer condições que promovam a reintegração social do condenado e o sentimento de pertencimento à sociedade.

No artigo 10 da Lei de Execução Penal, também está previsto que o Estado tem o dever de prestar assistência ao preso, “**objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade**”. (BRASIL, 2016, p. 377, GRIFO NOSSO)

A Lei de Execução Penal tem como base teórica a reeducação, a reintegração, a ressocialização do criminoso. Nesta lei, o centro da perspectiva

⁶ Inserimos em anexo (anexo A) o inteiro teor da Lei de Execução Penal Brasileira.

⁷ A LEP garante ao preso assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa.

punitiva é o homem. Sobre esta assertiva e o discurso de fundamentação da punição, acrescentamos importante explicação:

A mudança no discurso de fundamentação da pena está associada às transformações no perfil do Estado nas democracias ocidentais. A alteração da forma de intervenção estatal consequentemente modifica os modelos de controle social. A sobreposição do Estado intervencionista (*welfare*) ao Estado liberal redimensionará a expectativa quanto às formas de atuação no controle do delito. Outrossim, a influência das teorias do positivismo criminológico e a autonomização da criminologia em relação ao direito penal irão marcar uma nova concepção sobre a ingerência das agências estatais na execução das punições, com reflexos irreversíveis sobre as teorias de justificação das penas. Diferentemente das teorias retributivistas e dos modelos negativos de prevenção geral, direcionados respectivamente ao crime e à coação psicológica da comunidade, os discursos de prevenção especial positiva inauguram perspectiva punitiva centrada no indivíduo (*homo criminalis*). Se o novo objeto de investigação e de intervenção das ciências criminais é o homem delinquente, a resposta ao desvio punível deve tê-lo no centro do palco punitivo, vê-lo como principal destinatário da sanção e como o protagonista em sua execução. (CARVALHO, 2015, p. 79)

Carvalho (2015) explica que os discursos de prevenção especial positiva têm o homem como objeto central da pretensão punitiva do Estado. O criminoso é visto como o destinatário central da punição e o personagem principal da execução penal.

Desta forma, pela análise dos artigos 1º e 10 da LEP, verificamos que a legislação penal pronuncia o que chamamos de **discurso de recuperação moral do delinquente, de natureza interdisciplinar**. O Estado assume o dever de propiciar condições para a reintegração social do criminoso. O Estado se compromete a oferecer toda a assistência necessária para prevenir o crime e orientar o delinquente quanto a seu retorno à sociedade. Em outras palavras, o Estado se compromete a investir em áreas fundamentais como a Saúde, a Educação, a Assistência Social, para tornar efetivo o processo de ressocialização do criminoso.

Desta forma, destacamos que, no paradigma da Lei de Execução Penal, a punição tem como objetivo primordial a reforma moral do criminoso, a sua regeneração. Por sua vez, o processo de ressocialização do criminoso não se limita às intervenções e concepções jurídico-filosóficas, mas também recebe a influência de profissionais de outras áreas do conhecimento, por isso, afirmamos

anteriormente a natureza interdisciplinar (talvez, multidisciplinar). Importante explicação sobre o tema acrescenta Salo de Carvalho:

Neste quadro, se o debate sobre a pena (finalidades e funções), nos séculos XVIII e XIX, era matéria exclusiva dos pensadores do direito e da filosofia política, no século XX, o câmbio será radical. Não apenas a fundamentação teórica é compartilhada por investigadores de outros ramos do saber como a atuação punitiva é desapropriada do jurídico em razão do ingresso de profissionais da área da saúde mental e do serviço social. Psiquiatras, psicólogos, assistentes sociais e pedagogos ingressam com autoridade na discussão prática-teórica sobre a pena, alterando seu fundamento e propondo distintos instrumentos para realização das novas metas de reforma individual. (CARVALHO, 2015, p. 80)

As novas metas de reforma individual a que se refere Carvalho podem ser identificadas nas próprias assistências que o Estado se compromete a oferecer ao criminoso, a saber: assistências material, jurídica, educacional, social, religiosa e à saúde. Os artigos 10 a 27 da LEP detalham a abrangência de cada uma dessas assistências destinadas ao delinquente, todas direcionadas à recuperação moral do mesmo.

Novamente, tal como no artigo 59 do CP, identificamos que os artigos 1º e 10 da LEP são uma espécie de gênero do discurso, um campo de comunicação entre o legislador e o indivíduo criminoso. Fazemos esta afirmativa com base nas concepções de Mikhail Bakhtin sobre gênero de discurso, em que o autor considera que campo de utilização da língua elabora seus *tipos relativamente estáveis* de enunciados, os quais denominados *gêneros do discurso*. Desse modo, os artigos da lei são enunciados escritos que representam um campo de comunicação.

3.5 As influências de Beccaria nos discursos da lei penal brasileira

O discurso atual da lei penal brasileira sobre a punição tem influência direta da obra de Cesare Beccaria. Como vimos, o Código Penal estabelece que a pena deve ser aplicada conforme seja necessário e suficiente para reprová-lo e prevenir o crime.

Necessidade e suficiência indicam a busca pela proporcionalidade, pelo equilíbrio. Segundo Greco (2012), o princípio da proporcionalidade foi firmado

durante o Iluminismo, principalmente com a influência das concepções beccarianas eternizadas na clássica obra *Dos delitos e das penas*. Nas palavras do filósofo humanista:

Para que toda pena não seja a violência de um ou de muitos contra o cidadão particular, devendo, porém, ser essencialmente *pública, rápida, necessária, a mínima dentre as possíveis, em dadas circunstâncias, proporcional aos delitos e ditada pelas leis*. (BECCARIA, 2013, p. 147)

Naquela época, Beccaria revolucionou as teorias e as ideias sobre a prática da punição, destacou a imposição da pena pública, aplicada exclusivamente pelo detentor do direito de punir (o Estado), e frisou a importância da necessidade e da proporcionalidade, como critérios fundamentais para a aplicação da pena.

A “pena rápida” ou a “mínima entre as possíveis” está também relacionada ao critério de análise da necessidade da punição e de sua duração (tempo de pena).

A “pena ditada pelas leis” é aquela que obedece ao princípio da legalidade, consagrado no artigo 1º do Código Penal: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.” (BRASIL, 2016, p. 155). E também é aplicada por meio do devido processo legal.⁸

O discurso do artigo 59 do Código Penal, que nominamos de retributivo-preventivo, é um discurso que tem suas raízes nas teorias mistas ou ecléticas de justificação da punição. A lei anuncia que a punição deve retribuir e prevenir o crime, e este discurso é destinado tanto ao criminoso quanto a toda sociedade, contudo a punição deve ser aplicada conforme a necessidade e a suficiência para que seja eficaz.

O discurso dos artigos 1º e 10 da Lei de Execução Penal centraliza-se na recuperação do criminoso, o que chamamos de discurso de recuperação moral do criminoso, de natureza interdisciplinar. Um dos pilares desta interdisciplinaridade seria a educação, como já tinha sido considerado por Beccaria, há mais de 250 anos: “O mais seguro, mas o mais difícil meio de prevenir o delito é o de aperfeiçoar a educação”. (BECCARIA, 2013, p. 144).

⁸ “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.” Art. 5º, Inciso LIII, da Constituição Federal. (BRASIL, 2016, p. 12)

Em relação ao discurso da Lei de Execução Penal sobre a punição, observamos ainda a intenção do legislador de maximizar a felicidade o que, a nosso ver, sinaliza alguns elementos do utilitarismo, explicado no item 2.3.2 desta tese.

3.6 Alguns benefícios legais garantidos aos condenados presos

Alguns fundamentos da teoria utilitarista, defendida pelo inglês Jeremy Bentham, podem ser encontrados no texto dos títulos, capítulos e seções da Lei de Execução Penal. Além de esta lei ter o objetivo de propiciar condições necessárias para a integração social do condenado e de garantir toda a assistência ao preso para seu retorno à sociedade, ela também garante outros benefícios dentre os quais destacamos a saída temporária, a progressão de regime prisional, a remição de pena pelo trabalho ou pelo estudo e o livramento condicional.

Ao examinar os artigos da LEP, podemos identificar que o critério da utilidade e a premissa da “máxima felicidade” estão inseridos nesta legislação penal brasileira. Consideramos que os quatro benefícios mencionados confirmam a existência do discurso legal de recuperação moral do delinquente, enunciado pela LEP. Apresentaremos algumas noções gerais sobre as referidas benesses.

- **A saída temporária.** Os presos condenados que cumprem pena em regime fechado ou semiaberto⁹ e os presos provisórios (aqueles que ainda aguardam a sentença definitiva) poderão conseguir permissão para saída temporária do estabelecimento prisional, por meio de escolta policial, quando ocorrer morte ou doença considerada grave do cônjuge, companheiro, ascendente, descendente ou irmão; ou ainda para necessidade de tratamento médico.

Os presos condenados que cumprem pena em regime semiaberto também poderão conseguir autorização judicial para saída temporária e, nestes casos, sem vigilância direta, para visita à família; para frequência a curso supletivo profissionalizante, ensino médio ou superior; e para participação em atividades que colaborem para a reintegração social.

As normas para autorização da saída temporária estão previstas nos artigos 120 a 125 da LEP. Os requisitos para concessão desse benefício são a análise

⁹ Considera-se regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média; regime semiaberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar; e regime aberto a execução de pena em albergue ou outro estabelecimento similar, conforme artigo 32, parágrafo 1º, alíneas “a”, “b” e “c”, do Código Penal. (BRASIL, 2016, p. 158)

satisfatória do comportamento do preso; o cumprimento mínimo de um sexto da pena para condenado primário, e de um quarto para condenado reincidente; e a compatibilidade do benefício com os objetivos da pena. Em que pese a análise dos requisitos objetivo e subjetivos para autorização da saída temporária do preso, verificamos o critério de utilidade dado à referida benesse, em que o criminoso é o centro do privilégio legal, fortalecendo-se o discurso de recuperação moral do delinquente.

- **A progressão de regime prisional.** O Código Penal Brasileiro estabelece três regimes prisionais distintos para o cumprimento da pena privativa de liberdade: fechado, semiaberto e aberto. No ato da sentença condenatória, após realizar a dosimetria penal, o juiz deve indicar o regime inicial de cumprimento de pena, observando os critérios estabelecidos pela lei.¹⁰

Segundo o Código Penal e a Lei de Execução Penal, a pena privativa de liberdade deve ser cumprida de forma progressiva. Isso significa que a legislação penal brasileira adotou a progressão de regime prisional para os condenados à pena de prisão. Seguem algumas importantes explicações sobre esta progressão:

Segundo o art. 33, §2º, do Código Penal, as penas privativas de liberdade devem ser executadas de forma progressiva, de acordo com o mérito do condenado. Segundo esta regra, o sentenciado deve passar gradativamente de um regime mais rigoroso para outro mais brando, desde que preenchidos os requisitos legais, a fim de estimular e possibilitar sua ressocialização. (ESTEFAM e GONÇALVES, 2016, p. 490)

Os requisitos legais para concessão da progressão do regime prisional também são divididos em subjetivos e objetivos. Como requisito objetivo, o condenado deverá cumprir no mínimo um sexto da pena privativa de liberdade no regime inicialmente fixado na sentença. Além disso, o preso condenado deve obter atestado de bom comportamento carcerário, emitido pelo diretor do estabelecimento prisional, sendo a análise do merecimento do condenado um requisito de ordem subjetiva.

¹⁰ “O condenado a pena superior a 8 anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado. O condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 anos e não exceda 8 anos, poderá, desde o princípio cumpri-la em regime semiaberto. O condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.” Artigo 33, parágrafo 2º, alíneas “a”, “b” e “c”, do Código Penal. (BRASIL, 2016, p. 158)

Destacamos ainda que os condenados a crimes hediondos, como o homicídio qualificado, o latrocínio e o estupro, também têm direito à progressão de regime prisional, no Brasil.¹¹ Neste caso, os condenados primários deverão cumprir no mínimo dois quintos da pena, e os reincidentes três quintos da pena, para fazerem *jus* ao benefício, além de preencherem o requisito subjetivo anteriormente citado.

Novamente percebemos que a legislação penal assegura mais um benefício ao condenado que deve servir de estímulo e propiciar sua ressocialização. O condenado continua sendo o foco da lei e a recuperação moral do criminoso é o discurso anunciado na legislação.

- **A remição da pena pelo trabalho ou pelo estudo.** A remição é também uma benesse instituída pela LEP.¹² Estefam e Gonçalves (2016, p. 508) explicam que “a remição é o desconto no tempo restante da pena do período em que o condenado trabalhou ou estudou durante a execução.”

O condenado que cumpre pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir um dia de pena para cada três dias trabalhados ou por 12 horas de frequência escolar, divididas, no mínimo, em três dias.

A remição da pena pelo trabalho do preso deverá considerar o desempenho da jornada completa de trabalho. A LEP determina a jornada normal de trabalho não sendo inferior a 6 (seis) nem superior a 8 (oito) horas, com descanso aos domingos e feriados.

A remição pelo estudo foi regulamentada em 2011 pela legislação brasileira, ampliando-se ainda mais as possibilidades de reconhecimento do benefício. Sobre o tema, seguem relevantes considerações:

As atividades de estudo poderão ser desenvolvidas de forma presencial ou por metodologia de ensino a distância e deverão ser certificadas pelas autoridades educacionais competentes dos cursos frequentados (art. 126, § 2º, da LEP). O estudo pode se dar no ensino fundamental, médio (inclusive profissionalizante), superior, ou de requalificação profissional. Se o condenado estudar e concomitantemente trabalhar, poderá haver cumulação dos dias a remir. Assim, se durante 3 dias o sentenciado trabalhar e estudar 12 horas (4 horas por dia), poderá descontar 2 dias de sua pena. (ESTEFAM e GONÇALVES, 2016, p. 509)

¹¹ O artigo 2º, parágrafo 2º, da Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90) assegura o direito à progressão de regime para condenados a crimes hediondos. (BRASIL, 2016, p. 421)

¹² Os artigos 126 a 130 da LEP regulamentam as normas para a remição da pena, pelo trabalho ou pelo estudo do condenado.

A remição da pena, seja pelo trabalho ou pelo estudo, enfatiza ainda mais a intenção da lei em prol do processo de ressocialização do preso.

- **O livramento condicional.** O livramento condicional é um benefício penal previsto tanto no Código quanto na Lei de Execução Penal que poderá ser concedido ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, inclusive para crimes hediondos.¹³ Para Capez (2016), consiste em uma antecipação provisória da liberdade do condenado, após o preenchimento de requisitos objetivos¹⁴ e subjetivos e mediante determinadas condições.¹⁵

De todos os benefícios que mencionamos, talvez, o livramento condicional seja o mais impactante na vida do preso, pois, após o cumprimento de parte de sua pena; a comprovação de comportamento satisfatório durante a execução penal e de bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído; a aptidão para prover a própria subsistência; entre outros requisitos, o condenado cumprirá o restante de sua pena em liberdade, ficando condicionado ao cumprimento de determinadas condições que devem ser esclarecidas na sentença.

Desta forma, o direito à antecipação da liberdade condicionada do condenado é mais um benefício garantido pela lei que evidencia a finalidade ressocializadora da execução penal e anuncia o discurso de recuperação moral do condenado que deve provar por intermédio de seu comportamento carcerário e das atividades realizadas no período de encarceramento, que está apto a retornar ao convívio social.

¹³ Os artigos 83 a 90 do CP e os artigos 131 a 146 da LEP regulamentam as normas para a concessão de livramento condicional.

¹⁴ Para ter direito ao livramento condicional devem ser preenchidos os requisitos objetivos da seguinte forma: o condenado não reincidente em crime doloso deve cumprir mais de um terço da pena. O condenado reincidente em crime doloso deve cumprir mais da metade da pena. Nos casos de condenação por crime hediondo, tortura, tráfico ilícito de drogas e terrorismo, não sendo reincidente específico em crimes desta mesma natureza, o condenado deve cumprir mais de dois quintos da pena. (BRASIL, 2016, p. 163)

¹⁵ Dentre as condições que serão especificadas pelo juiz a lei menciona: obter ocupação lícita dentro de prazo razoável; comunicar periodicamente ao juiz sua ocupação; não mudar do território da comarca sem autorização. Outras condições também poderão ser acrescentadas, como recolher-se à habitação em hora fixada e não frequentar determinados lugares. (BRASIL, 2016, p. 389)

4 A PUNIÇÃO NA PRÁTICA: O CONFRONTO ENTRE O DISCURSO DA LEI E O CONTEXTO REAL

Nesta seção, analisaremos a prática da punição dentro de um contexto real, mais exatamente, no contexto da prática penal no Brasil. Chamamos de contexto real aquele que considera três fatores indicadores da eficiência ou da ineficiência da punição: os índices de reincidência criminal, a população carcerária e a situação dos estabelecimentos prisionais brasileiros. Esses três fatores estão ligados entre si.

O conceito de reincidência que consideramos nesta tese é o conceito definido pelo Código Penal. Teceremos comentários sobre as taxas de reincidência oficializadas pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA, 2015) e pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN, 2017).

Tomamos como referência neste estudo a pena privativa de liberdade como espécie de punição, ou seja, a prisão. O mais recente levantamento nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN, 2017) registrou que o Brasil é o terceiro país do mundo com maior número de pessoas presas. Segundo a pesquisa, o panorama geral da população prisional brasileira, atualizado em 30 de junho de 2016, é de 726.712 pessoas presas para 368.049 vagas nos estabelecimentos prisionais, ficando um déficit de 358.663 vagas.¹⁶ Pela primeira vez na história, o Brasil ultrapassa o número de 700.000 presos, o que representa um crescimento de 707% em relação ao registrado no início da década de 90 (INFOPEN, 2017).

O Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias apresenta as informações oficiais mais atuais sobre a população prisional e os estabelecimentos penais brasileiros.

Esses dados preocupantes demonstram a necessidade da realização de estudos e debates a respeito do instituto da punição, da finalidade da pena e dos fatores determinantes da reincidência criminal, a fim de que o sistema punitivo pátrio seja aperfeiçoado, bem como para que possamos refletir a respeito do respeito ao poder punitivo do Estado relacionado à punição-prisão.

¹⁶ A pesquisa INFOPEN foi realizada com base nas informações prestadas por 1.422 unidades prisionais.

4.1 Conceito legal e informações sobre a reincidência criminal brasileira

Em códigos brasileiros anteriores, foi estabelecido um sistema de penas em que o julgador tinha os respectivos graus de fixação previamente determinados na lei. Segundo Mirabete e Fabbrini (2012), a partir do Código Penal de 1940, código ainda em vigor, o cálculo da pena foi instituído pelo critério que outorgou ao juiz relativo arbítrio na aplicação da punição, dosando-se a pena conforme as diferentes circunstâncias, entre um parâmetro mínimo e máximo de quantidade de privação de liberdade, previsto de forma abstrata para cada crime. Esse sistema permite que o julgador exerça a faculdade controlada de aplicar a punição mais adequada ao criminoso, tendo como referência a gravidade do crime e suas particulares consequências.

O Código Penal em vigor adotou a aplicação do sistema trifásico para a fixação da pena, também conhecido como sistema de Néelson Hungria. Na primeira fase da dosimetria, o juiz deverá fixar a pena base, tendo como parâmetro a análise das circunstâncias judiciais, previstas no artigo 59 do Código Penal. Em seguida, analisará a existência de circunstâncias agravantes e atenuantes e, por último, as causas de aumento e de diminuição de pena, conforme explicamos no item 3.3, da seção anterior.

A reincidência é a primeira circunstância agravante da pena, exposta no artigo 61, inciso I, do Código Penal, que deverá ser reconhecida na segunda fase da dosimetria. É um dos efeitos secundários oriundos de uma condenação definitiva. Segundo o artigo 63 do CP, “verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior” (BRASIL, 2016, p. 162).

Em matéria de reincidência, temos ainda o artigo 64 do Código Penal, que faz o seguinte esclarecimento:

Art. 64 - Para efeito de reincidência:

I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação;

II - não se consideram os crimes militares próprios e políticos.
(BRASIL, 2012, p. 162)

Em outras palavras, é reincidente o criminoso que pratica novo crime depois de já ter sido condenado definitivamente por um crime anterior. Entretanto, se o novo delito for cometido pelo criminoso, após mais de cinco anos da data do cumprimento ou da extinção da pena em processo anterior, o agente não será considerado reincidente. É o que os criminalistas chamam de réu tecnicamente primário. Do mesmo modo, os crimes militares próprios e políticos não são considerados para efeito de reincidência. Com a redação do artigo 64 do Código Penal, foi eliminado do sistema brasileiro a perpetuidade dos efeitos da condenação anterior.

O penalista Rogério Greco explica:

Somente haverá reincidência se o agente houver praticado dois crimes, não se podendo cogitar dessa circunstância agravante se a infração penal anterior ou posterior consistir em uma contravenção penal. Além disso, o marco para se poder iniciar o raciocínio da reincidência é o trânsito em julgado da sentença condenatória. Se o novo crime, por exemplo, vier a ser cometido pelo agente enquanto estava em curso o prazo para recurso da decisão que o havia condenado, como não tinha ocorrido, ainda, o seu trânsito em julgado, essa sentença, posteriormente, não servirá para efeitos de reincidência, sendo aproveitada, contudo, para fins de caracterização de maus antecedentes. (GRECO, 2012, p. 568)

Costa Jr. (2010, p. 252) afirma: “Aquele que volta a delinquir, após ter sofrido uma condenação anterior, revela obstinado desprezo pela lei e pelo magistrado.” O autor também explica que a agravação da pena em razão da reincidência é justificada pela grave ofensa à autoridade da lei e ao prestígio do Estado.

Foi celebrado um acordo de cooperação técnica entre o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) para a realização de pesquisa sobre reincidência criminal no Brasil. O termo previu um trabalho capaz de apresentar um panorama da reincidência criminal brasileira com base em dados coletados em alguns Estados do país. A pesquisa teve como referência o conceito legal de reincidência, explicado no item anterior.

A pesquisa em comento traz informações e dados referentes à reincidência criminal nos Estados de Alagoas, Minas Gerais, Pernambuco, Paraná e Rio de Janeiro. Relataremos alguns dados apresentados na conclusão da pesquisa do IPEA.

Quanto aos dados relativos ao perfil dos condenados reincidentes, a pesquisa do IPEA (2015) constatou que foram observadas poucas distinções relacionadas ao perfil geral dos sentenciados, aparecendo em duas categorias: raça, tendo sido constatado que a maioria dos apenados reincidentes é branca, enquanto entre os não reincidentes a maioria é preta ou parda (com ressalva do grande número de dados sem informação); e sexo, pois a proporção de reincidentes entre os homens é nitidamente maior que entre as mulheres. A porcentagem de reincidentes da amostra é composta basicamente de homens jovens, brancos, de baixa escolaridade e com uma ocupação.

Em relação às informações processuais, o IPEA (2015) assinalou que o tempo médio decorrido entre o delito e a sentença é bastante similar entre os reincidentes e os que não são. Também foi constatado que quase 90% dos reincidentes tiveram a pena privativa de liberdade como punição da sentença definitiva.

Segundo o IPEA (2015), o índice de reincidência legal apresentado foi o de um a cada quatro apenados, o que corresponde a uma percentagem de reincidência em torno de 34%. O instituto apontou que outras pesquisas documentam que a taxa de reincidência brasileira é bastante superior a isso, bem como é considerável o número de pessoas que possuem reiteradas passagens pelo sistema prisional, dados estes fomentados pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), que têm anunciado a taxa de reincidência de 70% dos condenados brasileiros.

O IPEA (2015) também explanou sobre o grande desafio colocado ao poder público diante do problema da reincidência e afirmou que a lei brasileira acredita na recuperação do condenado e dispõe acerca do respeito à dignidade humana, fundamento do Estado Democrático de Direito. Em razão do princípio da humanidade, veda as penas de morte e de caráter perpétuo, e abomina tratamentos cruéis ou degradantes, como castigos físicos, e proíbe presídios insalubres.

O instituto de pesquisa afirmou que é esperado que a pena opere uma transformação no criminoso para que possa levar uma vida útil e produtiva, distante da criminalidade, e que a vontade da lei, portanto, vai sempre na direção de investir na recuperação, na ressocialização do indivíduo, oportunizando ao preso a reintegração à sociedade.

As informações do IPEA de que a taxa de reincidência criminal brasileira gira em torno de 34%, e de que a maioria da população carcerária reincidente é da raça

branca, não correspondem com os dados fornecidos pelos Departamentos Penitenciários Estaduais e Nacional acerca da reincidência, pois estes giram em torno de 70 a 75%, e apontam os negros como a maior porcentagem de pessoas condenadas no Brasil.

As estatísticas apresentadas trazem dúvidas a respeito da real porcentagem de reincidência criminal, contudo, as taxas informadas pelo DEPEN são as mais próximas da realidade, quando consideramos outros dois fatores: a (super) população carcerária e a situação dos estabelecimentos penais brasileiros, que serão explicadas nos tópicos seguintes.

Como visto, a reincidência criminal é um dos efeitos secundários da condenação definitiva, ou seja, da punição aplicada a um criminoso. O elevado índice de reincidência indica a ineficácia da punição aplicada ao criminoso, pois este, após o cumprimento da pena, deveria retornar ao convívio da sociedade regenerado, disposto a viver uma vida distante da criminalidade, o que não acontece com a grande maioria que vivencia o cárcere. A lei penal anuncia o discurso de que a execução da pena tem o objetivo de ressocializar o preso, entretanto, quando ocorre a reincidência temos uma evidência do fracasso da punição e da pretensão ressocializadora do Estado. Dessa forma, a reincidência demonstra o menosprezo do infrator às normas legais e ao próprio Estado, e ainda revela que a justificção jurídico-filosófica de que a punição deve prevenir o crime tem sido uma falácia no plano prático.

A taxa de 34% apontada pelo IPEA demonstra que o problema da reincidência criminal brasileira é grave. As taxas de 70 a 75% do DEPEN revelam que o problema é gravíssimo. A partir dessas taxas, sobretudo da mais alta, e dos índices de crescimento da violência e da criminalidade brasileiras, são formados os discursos político e midiático a respeito do tema.

De acordo com Gomes (2014), o Brasil é o 16º país mais violento do mundo, e esta epidemia de violência tem gerado pânico nacional e cobrança de providências às autoridades competentes. O jurista indaga e informa o que tem sido feito:

O que tem sido feito? Fundamentalmente as duas coisas reivindicadas pela criminologia populista-midiática-vingativa: (a) edição de novas leis penais cada vez mais severas (foram 150 de 1940 a 2013, sendo 72% de agravamento do castigo penal) e (b) encarceramento massivo (que consideramos abusivo e tirânico,

como dizia Montesquieu, quando se trata de criminoso não violento, que poderia ser castigado com penas alternativas). (GOMES, 2014)

Para Gomes (2014), no Brasil tem sido adotada a política criminal neopunitivista norte-americana, que segue o discurso do Direito Penal Máximo, ou seja, aquele que amplia o poder punitivo do Estado (*jus puniendi*). Isso pode ser constatado pelo crescimento da população carcerária, o que Gomes denomina de encarceramento massivo. Por esse discurso, a punição na espécie de prisão seria a única medida que traria “cura” para a criminalidade, para a violência e para a reincidência. Contudo, Gomes defende que a prisão deveria ser justificada em casos de criminosos violentos e perversos. O autor acrescenta:

O encarceramento massivo, na parte em que o recolhimento fica regido pela irracionalidade (prisão massiva de quem não devia ir para a cadeia, de quem não praticou crime violento, de quem não representa concreto perigo para a sociedade), para além de retratar o nível avançado de degeneração moral da sociedade brasileira, está agravando severamente nosso problema criminal e de segurança pública, porque unido a um embuste, a um engodo, na verdade, a uma técnica muito difundida nos Estados populistas, que consiste em explorá-lo simbolicamente, vendendo a sensação, a imagem, a impressão de que todas as prisões seriam legítimas (o que não é verdadeiro) e de que todas elas em conjunto baixariam a criminalidade assim como gerariam mais segurança para a população. Não só não está diminuindo a criminalidade no Brasil como a está agravando em razão da alta taxa de reincidência. (GOMES, 2014)

Gomes acusa que a elevada taxa de reincidência brasileira decorre desse encarceramento massivo, fruto do agravamento das leis e da aplicabilidade desmedida da pena de prisão, que encontram o apoio do discurso midiático e do clamor popular.

Discordamos da opinião do jurista Flávio Gomes, sobre a causa da taxa de reincidência. A nosso ver, a elevada taxa de reincidência criminal brasileira está relacionada à ineficiência da punição e ao fracasso do Estado em seu sistema punitivo e em áreas públicas fundamentais, como, por exemplo, a educação. O crescimento da população carcerária evidencia o aumento da prática de crimes violentos. Quanto à mídia, por mais que possa existir algum posicionamento tendencioso à formação de uma determinada opinião, os meios de comunicação de massa têm transmitido mais notícias criminais em razão do aumento da prática de crimes.

Por um lado, entendemos que o jurista Luiz Flávio Gomes tem razão ao comentar o problema do “encarceramento massivo”, criticando a prisão de autores de crimes cometidos sem violência física e sem grave ameaça à pessoa. Pois a lei penal brasileira também determina normas para aplicação de penas alternativas à prisão, denominadas penas restritivas de direitos, como é o caso da prestação de serviços à comunidade. As penas alternativas promovem um movimento de descarcerização para condenados a crimes punidos com pena de prisão de curta duração. Por outro lado, como dissemos, o número de crimes violentos tem aumentado drasticamente no Brasil, fator que acaba ocasionando maior aplicação da pena privativa de liberdade.

Em parceria com o Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP), o IPEA (2017) divulgou a pesquisa intitulada *Atlas da Violência 2017*, e informou que, em 2015, ocorreram 59.080 homicídios no Brasil – o que equivale a uma taxa de 28,9 por 100 mil habitantes, segundo o Sistema de Informações sobre Mortalidade do Ministério da Saúde. Se a mídia tem cada vez mais noticiado a prática de crimes violentos, é porque de fato eles têm sido cometidos. Cabe ressaltar que a mídia não divulga todos os crimes com violência, pois muitas investigações acabam sendo arquivadas nas delegacias. Sem contar as pessoas que vivem na invisibilidade e morrem na invisibilidade.

Em relação à crítica do jurista a respeito do agravamento das leis penais brasileiras, ressaltamos que novas leis penais têm sido publicadas nos últimos anos, como é o caso da Lei de Organização Criminosa (Lei nº 12.850/2013) e da Lei do “Femicídio” (Lei nº 13.104/2015), por exemplo, que trouxeram maior rigor no que se refere a esses temas. Contudo, esclarecemos que essas leis tratam de crimes graves, altamente lesivos, portanto, merecedores de maior rigor punitivo.

Segundo Greco (2011), a mídia tem interesse na transmissão de assuntos ligados à área criminal e exibido casos cada vez mais violentos e bárbaros, difíceis até de serem imaginados, e, como réplica a eles, clama por um Direito Penal mais rigoroso e radical em suas sanções. O penalista considera a mídia um poderoso veículo de comunicação capaz de influenciar a opinião pública nos assuntos ligados à área criminal.

Segundo o penalista, há um clamor popular por leis penais mais rigorosas, chamado de “discurso repressivo”, articulado pela mídia. Nas palavras do autor:

A criminalidade organizada apavora a população em geral com sua audácia; infrações graves são praticadas em plena luz do dia; os meios de comunicação estimulam a veiculação de imagens chocantes. A sociedade, amedrontada, cede diante dos apelos veiculados pelos comunicadores de massa e passa a aderir às teses da maior criminalização e da criação de leis que impossibilitem o retorno do agente ao convívio social, descartando-se, quase que peremptoriamente, a possibilidade de sua recuperação. (GRECO, 2011, p. 2)

Por certo, as leis penais não devem ser elaboradas sob pressão midiática ou popular. Porém, o legislador brasileiro precisa dar a devida atenção à necessidade de atualização e de reforma dos mecanismos de execução penal. Talvez, mais do que elevar a quantidade de pena dos crimes, seja imperioso rever a eficiência do sistema punitivo e o deferimento de benefícios para condenados.

Ora, definitivamente o crime organizado tem causado pânico à sociedade, e a mídia tem veiculado imagens chocantes, porque os crimes têm sido chocantes. Cada vez mais, acompanhamos notícias de assaltos, assassinatos, chacinas, estupros, abusos, tiroteios, rebeliões, corrupções. Como não se apavorar? A sociedade se sente insegura nas ruas e nas casas e almeja uma posição mais eficiente do Estado.

Segundo dados do Anuário de Segurança Pública (2017), o Brasil teve 7 pessoas assassinadas por hora, em 2016. Foram registradas 61.283 mortes violentas intencionais, 2.666 pessoas mortas em latrocínios (roubos seguidos de morte) e 453 policiais civis e militares foram vítimas de homicídios. O número de mortes violentas em 2016, no Brasil, equivale ao número de mortes provocadas pela explosão da bomba nuclear que dizimou a cidade de Nagasaki, em 1945, no Japão.

O Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2017), também informou que os gastos com políticas públicas de segurança foram reduzidos em 2,6%, no ano de 2016, considerando a União, os Estados e Municípios brasileiros. Temos insuficiente investimento em segurança pública (como também insuficiência em outras áreas, como a educação) e sistema punitivo ineficiente.

Os mecanismos de afrouxamento das leis penais precisam ser revistos. No Brasil, vivenciamos um cenário real de crescimento da violência e da criminalidade, que indica a necessidade de um sistema de punição mais rígido e eficaz. Isso não significa fazer apologia gratuita ao endurecimento das leis penais, mas significa considerar a realidade criminal do país e o alto índice de reincidência. Defendemos o respeito à dignidade humana do criminoso e ao devido processo legal; defendemos a estruturação do sistema prisional; mas também verificamos a necessidade de menos benefícios de antecipação da liberdade do preso ou de maior rigor na concessão de alguns benefícios.

Muitas leis penais já alteraram o Código Penal, e novas leis penais têm sido publicadas nos últimos anos. Entretanto, os benefícios previstos no Código Penal e na Lei de Execução Penal que favorecem os condenados a crimes hediondos ou não, praticamente continuam da mesma forma. Cremos que o modo pelo qual a lei penal brasileira assegura os benefícios aos presos condenados, e a forma como o Estado exerce seu poder de concessão de benefícios, de certa maneira pode contribuir com o aumento da reincidência e, conseqüentemente, com a ineficiência da punição.¹⁷

Teoricamente, o legislador brasileiro adotou a teoria mista ou eclética quanto à justificação da punição, que deve ter o caráter de reprovação (retribuição) e de prevenção (geral e específica), o que demonstra o caráter utilitarista da pena, desejado e discursado pela lei. No entanto, as elevadas taxas de reincidência (ainda que imprecisas) têm demonstrado que, na prática, tanto a retribuição quanto a prevenção têm sido absolutamente falhas. Nesse sentido, o discurso da lei (plano teórico) sobre a punição brasileira não é verdadeiro, porque na prática a punição aplicada não tem sido eficiente de modo que evite a reincidência.

4.2 A (super) população carcerária brasileira

O mais atual e completo panorama sobre a população carcerária brasileira foi divulgado em 2017 pelo Departamento Penitenciário Nacional. Apresentaremos neste tópico alguns dados gerais relevantes para melhor compreensão desta tese.

¹⁷ Comentaremos mais esse assunto na última seção.

O INFOPEN (2017), por meio do levantamento nacional de informações carcerárias, atualizado em junho de 2016, informou que o Brasil já é considerado o terceiro país do mundo com a maior população carcerária.

Repetimos aqui alguns números informados no início desta seção: o panorama geral da população prisional brasileira é de 726.712 pessoas presas para 368.049 vagas nos estabelecimentos prisionais, ficando um déficit de 358.663 vagas. Seguem outras informações para melhor compreensão desses números:

Em Junho de 2016, existiam 726.712 pessoas privadas de liberdade no Brasil, sendo 689.510 pessoas que estão em estabelecimentos administrados pelas Secretarias Estaduais de Administração Prisional e Justiça, o sistema penitenciário estadual; 36.765 pessoas custodiadas em carceragens de delegacias ou outros espaços de custódia administrados pelas Secretarias de Segurança Pública; e 437 pessoas que se encontram nas unidades do Sistema Penitenciário Federal, administradas pelo Departamento Penitenciário Federal. (INFOPEN, 2017, p. 8)

Segundo informado pelo INFOPEN (2017), o número de pessoas privadas de liberdade é variável entre as diferentes unidades da Federação. O Estado de São Paulo concentra 33,1% de toda a população prisional do país, com 240.061 pessoas presas. O Estado de Roraima apresenta a menor população prisional do país, com 2.339 pessoas privadas de liberdade. O Estado do Rio de Janeiro aparece em quarto lugar no *ranking* nacional, com uma população carcerária de 50.219 presos.

Segundo o IBGE (2017), São Paulo tem uma população de 45.094.866 habitantes, sendo o Estado brasileiro mais populoso, por isso, de alguma forma é justificável ter a maior população prisional do país. O Estado de Roraima, por sua vez, com uma população de 522.636 pessoas, tem o menor número de habitantes do país. O Rio de Janeiro possui 16.718.956 habitantes, conforme os dados mais atualizados do IBGE, é o terceiro Estado mais populoso do Brasil. As informações do IBGE (2017) e do INFOPEN (2017), em relação às proporções população/população carcerária do maior e do menor ente federativo brasileiro, são proporcionais.

Nas estatísticas do INFOPEN (2017), o Estado do Paraná aparece com uma população carcerária de 51.700 presos, ficando em terceiro lugar no *ranking* nacional. Segundo o IBGE (2017), o Paraná possui uma população de 11.320.892 habitantes, sendo o sexto Estado mais populoso do Brasil. Podemos observar que,

se comparado ao Rio de Janeiro, o Paraná possui uma população habitacional menor, entretanto, tem uma população carcerária maior do que o Estado carioca, logo, esse comparativo sinaliza que a justiça paranaense tem sido mais rígida.

O INFOPEN (2017) informou que a população prisional total no Brasil é composta pelo somatório das pessoas privadas de liberdade no sistema prisional estadual e nas carceragens das delegacias, além daquelas custodiadas no Sistema Penitenciário Federal.

A pesquisa apontou a evolução do número de pessoas presas e do número de vagas disponíveis entre os anos 2000 e 2016. Em dezesseis anos, a população carcerária aumentou, em média, 7,3% ao ano, passando de 232 mil pessoas em 2000 para 726 mil pessoas presas em 2016.

Segundo informações do IBGE (2017), com data de referência em 1º de julho de 2017, a estimativa geral da população brasileira é de 207.660.929 brasileiros residentes no Brasil. O país é apontado como o 5º país mais populoso do mundo. A população carcerária brasileira gira em torno de 726.000 presos. Talvez, a população carcerária pátria seja proporcional ao tamanho de nossa população geral. De qualquer modo, os dados apresentados demonstram a existência de uma superpopulação presidiária.

Quanto ao perfil da população prisional, o INFOPEN (2017) informou que grande parte é composta de jovens com faixa etária entre 18 a 29 anos. Em relação à informação acerca da raça, cor ou etnia da população prisional, a partir da análise da amostra de pessoas presas sobre as quais foi possível coletar dados sobre a raça, cor ou etnia, a pesquisa afirmou que 64% da população prisional é composta por pessoas negras. Outro dado informado é a baixa escolaridade da população carcerária brasileira.

Apresentadas as informações acima, novamente frisamos: o panorama geral atual da população prisional brasileira é de 726.712 pessoas presas para 368.049 vagas nos estabelecimentos prisionais, ficando um déficit de 358.663 vagas.

O crescimento exacerbado da população carcerária brasileira demonstra que a pena privativa de liberdade (punição mais aplicada no Brasil) não tem conseguido prevenir o crime, conforme almeja a lei. A nosso ver, o discurso retributivo-preventivo da lei existe apenas no plano teórico. Apesar de a lei anunciar a retribuição e a prevenção da punição, na prática, o Estado não consegue nem retribuir nem prevenir o crime a contento.

4.3 Os estabelecimentos prisionais brasileiros

A situação dos estabelecimentos prisionais brasileiros é o terceiro fator que faz parte do que chamamos no início desta seção de “contexto real” da punição brasileira. As altas taxas de reincidência e a superpopulação carcerária, fatores que abordamos nos itens anteriores, também influenciam as condições das unidades prisionais brasileiras.

Os artigos 82 a 104 da LEP estabelecem as normas para os estabelecimentos penais brasileiros, que incluem as penitenciárias; as colônias agrícolas, industriais ou similares; os albergues; os centros de observação; os hospitais de custódia e as cadeias públicas.¹⁸

O artigo 82 da LEP dispõe que “os estabelecimentos penais destinam-se ao condenado, ao submetido à medida de segurança, ao preso provisório e ao egresso.” (BRASIL, 2016, p. 384). A Lei de Execução Penal também garante estabelecimento próprio e adequado para mulheres e pessoas maiores de 60 anos. Além dessas disposições gerais, destacamos outras normas garantidas na referida lei:

Art. 83. O estabelecimento penal, conforme a sua natureza, deverá contar em suas dependências com áreas e serviços destinados a dar assistência, educação, trabalho, recreação e prática esportiva.

§ 1º Haverá instalação destinada a estágio de estudantes universitários.

§ 2º Os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade.

§ 3º Os estabelecimentos de que trata o § 2º deste artigo deverão possuir, exclusivamente, agentes do sexo feminino na segurança de suas dependências internas.

§ 4º Serão instaladas salas de aulas destinadas a cursos do ensino básico e profissionalizante.

¹⁸ As penitenciárias são destinadas ao condenado à pena de reclusão em regime fechado. As colônias agrícolas, industriais ou similares são destinadas aos condenados em regime semiaberto. Os albergues ou casas de albergado destinam-se aos condenados que cumprem pena em regime aberto. (No Brasil, praticamente não há mais casas de albergado). O centro de observação é destinado à realização de exames gerais e criminológico. Este estabelecimento deverá ser instalado em unidade autônoma ou em anexo a estabelecimento penal. Os hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico são destinados às pessoas que cumprem medidas de segurança, consideradas inimputáveis (isentas de pena) em razão de doença mental. Por fim, as cadeias públicas devem ser utilizadas para recolher presos provisórios, ou seja, aqueles que ainda aguardam uma sentença definitiva. (BRASIL, 2016).

§ 5º Haverá instalação destinada à Defensoria Pública. (BRASIL, 2016, p. 384-385)

Sobre as penitenciárias, a LEP ainda determina:

Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório.

Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular:

a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana;

b) área mínima de 6,00m² (seis metros quadrados). (BRASIL, 2016, p. 386)

As normas legais sobre os estabelecimentos prisionais brasileiros asseguram a dignidade humana do preso e toda a assistência necessária à ressocialização do mesmo, além de determinar normas especiais para as mulheres presas, contudo, não é de hoje que acompanhamos pela mídia notícias e reportagens sobre a precariedade das prisões no Brasil. A superpopulação carcerária, comentada no tópico anterior, por si só já é um gravíssimo problema enfrentado pelo sistema prisional. Como informado pelo INFOPEN (2017), o déficit é de 358.663 vagas. Além do excessivo número de prisioneiros, muitos outros são os problemas vividos nas carceragens.

“Ratos, baratas e doenças como sarna, HIV, tuberculose e sífilis são comuns em presídios brasileiros”. Este é o título da matéria editada pelo portal Globo.com, do dia 07 de junho de 2017, transmitida pelo programa “Profissão Repórter”, sob a direção do jornalista Caco Barcellos.

De acordo com a reportagem, em Salvador presos bebem água vinda de caixa infestada de baratas, há esgoto dentro das celas e dezenas de ratos nos corredores. No Piauí, um surto de sarna atingiu 150 detentos e até o próprio diretor do presídio.

Segundo dados do Ministério da Justiça, 62% das mortes dos presos são ocasionadas por doenças, como HIV, sífilis e tuberculose. A violência é responsável por menos da metade das mortes dentro dos estabelecimentos prisionais brasileiros. Das outras causas, quase não se tem notícia.

Em 2016, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) publicou o relatório intitulado *A visão do Ministério Público sobre o sistema prisional brasileiro*. O relatório reuniu dados coletados por Promotores de Justiça e Procuradores da

República nos anos de 2014 e 2015, por ocasião das periódicas inspeções carcerárias, e foi produzido com dois objetivos. O primeiro, convocar o Ministério Público brasileiro, e as demais instituições que integram o Sistema de Justiça nacional, a criar condições mais favoráveis ao manejo dos mecanismos legais, judiciais e administrativos disponíveis, para a superação da dramática realidade carcerária no Brasil. O segundo consiste na atenção ao princípio da publicidade e ao dever de transparência, municiando a sociedade com um panorama a respeito da difícil realidade prisional que ela conhece, em fragmentos, por meio da mídia.

Segundo o CNMP (2016), de modo geral, o sistema prisional brasileiro possui graves deficiências estruturais, superlotação carcerária e condições indignas e desumanas de privação de liberdade. Esse cenário tem impingido ao país a marca da violação de direitos fundamentais. Para o CNMP (2016), os dados coletados demonstram a necessidade de garantir, o quanto antes, o cumprimento de pena ajustada com a dignidade da pessoa humana, assegurada a integridade dos presos e de seus familiares, e a possibilidade de verdadeira ressocialização.

O relatório do CNMP (2016) informou que as taxas de ocupação dos estabelecimentos penais brasileiros, masculino e feminino, são consideravelmente maiores do que a capacidade dos mesmos. Além disso, há problemas em todas as assistências asseguradas por lei aos presos como, por exemplo, a insuficiência de camas, roupas de cama e objetos para higiene pessoal (assistência material); insuficiência no atendimento à saúde, e nas áreas educacional, recreativa, social e religiosa. Em outras palavras, nenhuma das assistências determinadas pela Lei de Execução Penal é garantida com eficiência.

Segundo o IPEA (2017), no dia primeiro de janeiro de 2017, uma rebelião de presos no Complexo Penitenciário Anísio Jobim, em Manaus, teve o registro de 56 homicídios. Duas semanas depois, mais uma chacina com 26 mortes em uma unidade prisional no Rio Grande do Norte. Outras rebeliões aconteceram em presídios de vários estados brasileiros nos primeiros meses de 2017, revelando novamente a completa falência do sistema de execução penal nacional.

No dia primeiro de janeiro deste ano (2018), a Folha de São Paulo informou sobre a rebelião de presos da Colônia Agroindustrial do regime semiaberto do Complexo Prisional de Aparecida de Goiânia, em que ao menos 9 presos foram mortos e 18 ficaram feridos. Segundo informações da Secretaria de Estado da Segurança Pública e Administração Penitenciária de Goiás (SEAP), outros 106

presos fugiram, dentre os quais 29 foram recapturados e 77 continuavam foragidos. Além desses, mais de 127 presos saíram da unidade prisional durante a rebelião, mas depois retornaram. A rebelião teria sido iniciada por uma invasão de ala da unidade prisional, por causa de comando de crimes. Equipes do GOPE e do Batalhão de Choque da Polícia Militar retomaram o controle do estabelecimento prisional. A mídia fez a cobertura da rebelião, um grave problema recorrente nos presídios brasileiros.

Mais uma vez, verificamos a total incompatibilidade entre o discurso legal de recuperação moral do preso (ressocialização), anunciado pela Lei de Execução Penal, e a realidade dos estabelecimentos prisionais brasileiros. Em nossa opinião, a prática da punição e a forma de execução penal no Brasil em nada condizem com a finalidade declarada na lei.

5 A INSUFICIÊNCIA DA PUNIÇÃO E A NECESSIDADE DE MAIOR RIGOR DA LEGISLAÇÃO PENAL

Nesta última seção, apresentaremos de forma mais direta as contribuições da pesquisa, visando o aperfeiçoamento da aplicação e do cumprimento da punição, no Brasil. Faremos uma interligação entre algumas explicações das seções anteriores para exposição de nossas proposições.

5.1 A ineficácia da punição no Brasil e os debates sobre a privatização dos presídios

Pelos registros históricos explicados na primeira seção, acompanhamos a evolução e o processo de humanização da punição, sobretudo, a partir das influências de Beccaria.

A visão humanizada da punição tem assento na Constituição Federal brasileira, que veda expressamente a aplicação da pena de morte (salvo em caso de guerra declarada), da pena de caráter perpétuo, da pena de banimento, da pena de trabalhos forçados e das penas cruéis. Segundo Greco (2011), estas limitações constitucionais apontam para o reconhecimento do princípio da dignidade da pessoa humana, cujas origens reportam ao Iluminismo. Sobre este princípio, acrescentamos importante explicação:

A dignidade da pessoa humana, dentro da vida social e política, reclama o exercício ordenado da liberdade através da convocação primária dos valores e fins comuns, preservando em todo momento aquele espaço de “interioridade” e realização própria que é reclamado pela singularidade de cada homem, com uma vida e um fim por realizar existencialmente. Assim, da existência mesma da pessoa surgem determinados deveres e direitos que recebem a denominação de “humanos”, por sua quase imediata vinculação com as necessidades fundamentais para o desenvolvimento dos homens. Trata-se, obviamente, de direitos que não são criados nem construídos propriamente pelas instâncias do poder político, senão, bem antes, que devem ser reconhecidos por este como primeiro nível de legitimação na tomada de decisões. (YACOBUCCI, 1998, p. 210)

A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (Artigo 1º, inciso III, CF). Estefam (2010, p.118) salienta que, no âmbito do Direito Penal, existem dois aspectos ligados ao referido princípio:

“a proibição de incriminalização de condutas socialmente inofensivas (afinal, o Direito é que está a serviço da humanidade e não o contrário) e a vedação de penas que contêm tratamento degradante, cruel ou de caráter vexatório.”

Sendo assim, a lei constitucional brasileira legitimou a aplicação da pena privativa de liberdade, da pena restritiva de direitos e da pena de multa, para o violador da norma penal. (BRASIL, 2016). Dessas três espécies, a prisão tem sido a punição mais aplicada no Brasil.¹⁹ Na perspectiva da lei, a punição-prisão deve ser aplicada e executada em conformidade com o princípio da dignidade humana, entretanto, não é o que vemos. Trazemos aqui dois interessantes questionamentos de Rogério Greco:

Será que, se após o devido processo legal, alguém condenado ao cumprimento de uma pena privativa de liberdade, vier a ser colocado em uma cela superlotada, onde constantemente é violentado pelos demais presos, estaria sendo observado o princípio da dignidade humana? Estaria, portanto, sendo obedecida a determinação constitucional que proíbe as penas cruéis? (GRECO, 2011, p. 7)

A resposta é negativa para as duas perguntas. A superpopulação carcerária e a situação precária dos estabelecimentos penais brasileiros indicam o total desprezo ao princípio da dignidade da pessoa humana, que deveria ser observado pelo Estado. O cumprimento da pena de prisão em condições desumanas e até sub-humanas não corresponde à vedação constitucional de penas cruéis.

Muito embora a lei penal anuncie o que chamamos de discurso retributivo-preventivo da pena, baseado nos fundamentos de retribuição e prevenção, adotados pela teoria mista ou eclética de justificação da punição, esta, na prática, vem sendo consolidada por um discurso repressivo e desumano. O cenário de desumanidade das prisões brasileiras tem sido contemplado pelo Estado, o detentor do *jus puniendi*, o mesmo que anuncia, na Lei de Execução Penal brasileira, o discurso de recuperação moral do criminoso. A nosso ver, estamos diante de um Estado inerte e ineficiente que não consegue prevenir o crime a contento, não consegue oferecer

¹⁹ Relembramos: atualmente, o Brasil é considerado o 3º país no mundo que mais aplica a pena de prisão.

condições para a ressocialização do criminoso, não consegue retribuir de modo eficaz o mal (a punição) correspondente ao mal causado pelo criminoso, logo, não consegue cumprir o que ele mesmo (Estado) se obrigou a fazer.

As altas taxas de reincidência, a superpopulação carcerária e a precariedade dos estabelecimentos prisionais compõem um contexto real que problematiza ainda mais a punição, por isso afirmamos que a punição no Brasil é ineficaz. E, sendo bem realista, não temos grandes expectativas quanto à melhoria dos sistemas punitivo e prisional brasileiros.

O Estado, detentor do *jus puniendi*, exerce o poder punitivo, que é limitado e direcionado pela lei. Aqui, referimo-nos à atuação dos juízes criminais que, após analisarem as circunstâncias do crime, a culpabilidade dos acusados e as provas contra os mesmos, decidem pela condenação e aplicam a dosimetria da pena.

No Brasil, na maioria dos processos penais, a pena aplicada é a prisão do criminoso. Isso ocorre, porque a pena privativa de liberdade é a principal punição para os crimes previstos no Código Penal e nas leis penais especiais, como por exemplo, a Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006). Alguns crimes, além da privação da liberdade, têm a sanção da pena de multa para ser aplicada cumulativamente, como é o caso do crime de roubo, previsto no artigo 157 do CP, que possui pena privativa de liberdade de reclusão de 4 a 10 anos e multa e, se da violência utilizada para a prática do roubo resultar em lesão corporal de natureza grave, a privação da liberdade é de 7 a 15 anos de reclusão; se resultar em morte (latrocínio), a prisão é de 20 a 30 anos, sem prejuízo da multa, nos dois casos.

As penas, mínima e máxima, estabelecidas nos crimes, são consideradas penas abstratas, e somente se tornarão concretas, após a aplicação da dosimetria, ou seja, do cálculo da pena. Depois de quantificar o tempo de privação de liberdade, é que o juiz analisará a possibilidade de substituição da prisão por penas alternativas, observando os requisitos objetivos e subjetivos, contidos na lei penal.

A partir da execução da pena, a lei almeja a ressocialização do condenado e, apesar de determinar uma série de assistências e de prever alguns possíveis benefícios, como a saída temporária, a progressão de regime prisional, a remição da pena e o livramento condicional, destinados aos condenados que preenchem os requisitos legais (objetivos e subjetivos), ainda assim a punição tem sido ineficaz.

É ineficaz, porque a grande maioria dos presos que ingressam no sistema prisional brasileiro volta a delinquir dentro dos próprios estabelecimentos penais ou

fora deles. Com as precárias condições dos presídios é muito difícil pensarmos em uma possibilidade real de ressocialização.

Além da precariedade estrutural, temos também o grave problema da entrada ilícita de armas, munições, drogas, aparelhos de celulares e outros objetos cujo acesso é vedado por lei aos presos. Segundo o site Globo.com (2017), em matéria do *Jornal Nacional*, foi relatada a entrada de facas artesanais, drogas e celulares, nas prisões do Tocantins. De acordo com um funcionário do presídio de Palmas, há uma tabela de preços nessa unidade prisional oferecida pelos presos aos agentes penitenciários, para permitirem a entrada do material ilícito em geral, além de armas de fogo. Temos aqui, no mínimo, mais dois preocupantes problemas que afetam o sistema prisional: a corrupção de agentes penitenciários e a existência de presos armados mantendo ilegal comunicação com o crime organizado fora da prisão. O programa *Bom dia Brasil* (GLOBO.COM, 2018) informou que a crise no sistema penitenciário brasileiro facilita a entrada de armas e de celulares nos presídios. Conforme a reportagem, dez estados brasileiros ainda não possuem nenhum *scanner* corporal nos presídios. Em outros treze estados, somente parte dos estabelecimentos prisionais possuem essa tecnologia, que funciona por meio de frequência de rádio. A ausência do equipamento facilita a entrada de drogas, de armas e de celulares nos estabelecimentos prisionais, ampliando a crise penitenciária no país, e acaba também mantendo a prática da revista íntima vexatória dos visitantes.

O início do século XIX foi marcado pelo processo de humanização da punição. Acabaram-se os suplícios, os corpos dos criminosos deixaram de ser o centro da punição, e a prisão passou a ser considerada uma forma de pena humana. Dois séculos depois, a punição-prisão tem sido executada no Brasil de forma desumana. Prova disso é o déficit de 358.663 vagas no sistema prisional, ou seja, há muito mais presos do que vagas disponibilizadas pelo Estado; além da precariedade estrutural dos presídios brasileiros. A punição-prisão tem sido inoperante da forma como tem sido executada, como também o comprovam as altas taxas de reincidência, comentadas no item 4.1.1, da seção antecedente. Na prática, o país não implementou um sistema humanizado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, tal como proposto por Beccaria.

O milanês se opôs às penas cruéis e ao poder discricionário dos juízes e se posicionou favoravelmente ao devido processo legal, em que a lei deveria ser igual para todos, sem qualquer distinção.

Pelas concepções beccarianas, a existência do Estado se justifica na medida em que ele é o resultado de um contrato celebrado de modo livre entre as pessoas, no qual elas consentem em instituir um soberano (o próprio Estado) e, com isso, instituem leis que impõem um limite a sua liberdade originalmente ilimitada. De um lado, temos os indivíduos e, do outro, o Estado. Ambos são partes de um contrato social. A nosso ver, quando o próprio Estado não consegue ser eficiente em sua forma de punir, descumpra uma cláusula contratual, pois não consegue trazer segurança e proteção à sociedade.

Diante da falência do Estado e da crise do sistema prisional, ressurgem os debates sobre a privatização dos presídios. A privatização consiste na participação colaborativa da iniciativa privada com o Estado, na função de gerenciamento dos estabelecimentos penais. O advogado criminalista Luiz Flávio Borges D'ur é um dos defensores da privatização, na modalidade de terceirização da administração dos presídios. D'ur (2016) defende o modelo francês de privatização, em que o Estado permanece como um cogestor. Segundo o criminalista, nesse modelo, a iniciativa privada fica responsável pela gerência dos serviços da unidade prisional (alimentação, vestuário, higiene, lazer, entre outros), enquanto o Estado administra a pena e cuida dos aspectos jurídicos do condenado, punindo-o em caso de faltas disciplinares ou beneficiando-o quando houver merecimento. Para D'ur (2016), “trata-se de uma terceirização, em que a remuneração do empreendedor privado deve ser suportada pelo Estado, jamais pelo preso, que deve trabalhar e, com os recursos recebidos, ressarcir prejuízos causados pelo seu crime.”

O advogado também menciona o modelo americano de privatização, em que o Estado transfere à iniciativa privada todo o acompanhamento da vida do preso, até o cumprimento final de sua pena, que fica sob responsabilidade da administração da iniciativa privada. Para D'ur (2016), o modelo americano não pode ser aplicado no Brasil, em razão do indelegável poder jurisdicional do Estado, que abrange o tempo de cumprimento da pena.

Em matéria publicada pelo site Uol (2017), foi informado que a privatização do sistema prisional é discutida pelo governo federal, desde a gestão do presidente Fernando Henrique Cardoso, antes dos anos 2000. Segundo o portal, no período de

1999 a 2002, Elizabeth Sussekind, Secretária Nacional de Justiça à época, defendeu a existência de parcerias do Estado com a iniciativa privada. Após deixar o cargo, a ex-secretária visitou presídios terceirizados na Bahia e em Minas Gerais, constatando que o Estado tinha terceirizado apenas a segurança. Sussekind também constatou que os presídios terceirizados tinham se tornado mais seguros, sendo que, no tocante à assistência aos presos, a precariedade continuava instalada. A ex-secretária de justiça externa sua preocupação com os atuais discursos políticos sobre a privatização em meio a um contexto de rebeliões, protestos, fugas e superpopulação carcerária. Para Sussekind, a privatização não costuma ser pensada para a ressocialização do preso, nem para a diminuir a reincidência criminal ou capacitar o encarcerado para o trabalho, o que é lamentável.

Uma das críticas à privatização recai sobre a intenção de visar ao lucro por parte das empresas privadas. Na visão de Sussekind, a obtenção de lucro não seria um problema, pois toda iniciativa privada visa ao lucro. Segundo a ex-secretária e atual professora de criminologia e de Direito Penal da UFRJ, o lucro obtido com a privatização das prisões poderia ser justificado, se significasse bons serviços para o Estado e para a população carcerária. A professora afirma que se houvesse dois ou três contratos de terceirização em cada Estado brasileiro, sob a devida monitoria e controle do poder público, o modelo de privatização poderia ser positivo e o país poderia colher dados para comparações e análise.

5.2 O sentimento de impunidade dos brasileiros e a seletividade do Direito Penal

Registramos nesta tese que o Brasil aparece como o terceiro país no *ranking* mundial que mais aplica a pena de prisão, possuindo uma população carcerária com mais de 726.000 presos (dados atualizados até junho de 2016). Ainda assim, existe o sentimento de impunidade entre os brasileiros, ou seja, a percepção de ausência de punição.

Parece-nos um pouco contraditório o sentimento de impunidade, se considerarmos os dados acima. Do nosso ponto de vista, o sentimento de impunidade do brasileiro está mais relacionado com a **insuficiência** da punição do que com a inexistência da mesma. Em linhas gerais, a justiça criminal brasileira tem punido os criminosos, de acordo com as normas e os limites determinados pela

própria lei. Porém, diante do fracasso do poder punitivo do Estado, torna-se necessária a reavaliação das normas penais que estabelecem as regras sobre a punição e a execução penal.

A mesma lei que determina as normas da pena privativa de liberdade para os crimes, também dispõe sobre as normas para aplicação das penas alternativas e da pena de multa, em casos determinados. Além disso, a lei penal brasileira também assegura alguns benefícios que podem alterar o rigor da pena inicialmente estabelecida pelo juiz, como a transferência de regime prisional mais rigoroso para outro regime mais brando (progressão de regime), e a antecipação da liberdade sob determinadas condições (livramento condicional).

Para melhor compreensão, daremos dois exemplos: I) se um criminoso primário pratica um crime de homicídio, descrito no *caput* do Art. 121 do CP (sem qualificadora) e, após aplicar a dosimetria da pena, o juiz o condena à pena mínima de 6 anos de privação de liberdade, após o cumprimento de 1/6 da pena, ou seja, um ano depois do início da execução penal, o condenado poderá requerer o benefício de progressão de regime prisional do semiaberto para o aberto; II) se um criminoso primário pratica um crime de homicídio qualificado pelos meios de crueldade contra a vítima (crime hediondo), descrito no inciso III, do §2º, do Art. 121 do CP e, após aplicar a dosimetria da pena o juiz o condena à pena mínima de 12 anos de prisão, após o cumprimento de 2/5 da pena, ou seja, 4 anos e oito meses de privação de liberdade, o condenado poderá requerer o benefício de progressão de regime prisional do fechado para o semiaberto.²⁰ Os cálculos que apresentamos demonstram que o legislador é um pouco mais rigoroso no requisito objetivo de quantidade de pena cumprida por condenado a crime considerado hediondo. Porém, para os dois casos fazemos a seguinte pergunta: as normas e requisitos legais estabelecidos para a concessão de progressão de regime prisional têm contribuído para a eficiência da punição e da execução penal? Precisamos refletir se esse tipo de benefício realmente tem sido um meio eficaz para a ressocialização do criminoso ou se tem alimentado ainda mais a **insuficiência** da punição-prisão.

²⁰ Além da análise do requisito objetivo de cumprimento de parte da pena, a lei penal também exige o cumprimento do requisito subjetivo, que é o merecimento do condenado, analisado por seu comportamento carcerário, durante a execução da pena.

Nesta mesma direção, temos ainda as discussões sobre as saídas temporárias e a prisão domiciliar de condenados, que tendem a aumentar o sentimento de impunidade.

Assim, reconhecemos que os benefícios previstos em lei, como as saídas temporárias, a progressão de regime e o livramento condicional, (explicados no item 3.6, da terceira seção) têm alimentado esse sentimento de falta ou **insuficiência** de punição.

Outro fator importante é a seletividade do Direito Penal. Greco (2011) explica que esta natureza seletiva tende a punir em maior escala negros e pobres. Em outras palavras, é como se pessoas brancas e de poder aquisitivo não pudessem ser alvos da punição ou, quando fosse necessário puni-las, que a punição fosse a mínima possível.

Greco (2011, p. 6) afirma: “o Direito Penal tem cor, cheiro, aparência, classe social, enfim, o Direito Penal, também como regra, foi feito para um grupo determinado de pessoas.” O penalista repudia esta seletividade, mas reconhece a existência dela. Para o autor, a seletividade do Direito Penal pode ser constatada em dois momentos diferentes, classificados de criminalização primária e criminalização secundária.

Para Greco (2011), o Estado seleciona certos comportamentos ofensivos a bens jurídicos existentes na sociedade, proibindo-os ou impondo-os sob a ameaça de uma punição, por meio do processo de criminalização primária. Em um segundo momento, quando do descumprimento da lei penal em vigor, surge a possibilidade de ser instituída a criminalização secundária, oportunidade na qual o Estado exercerá o seu poder punitivo, através da investigação, do processo e, finalmente, da condenação do infrator à punição. Nas palavras do autor:

O processo de seleção surge desde o instante em que a lei penal é editada. Valores de determinados grupos sociais, tidos como dominantes, prevalecem em detrimento da classe dominada. Em seguida, já quando vigente a lei penal, surge novo processo de seleção. Quem deverá ser punido? A resposta a essa indagação deveria ser simples, ou seja, todos aqueles que descumprirem a lei penal, afrontando a autoridade do Estado/Administração. Contudo, sabemos que isso não acontece. O Direito Penal tem cheiro, cor, raça, classe social; enfim, há um grupo de escolhidos, sobre os quais haverá a manifestação da força do Estado. (GRECO, 2011, p. 155)

De certo modo, a seletividade do Direito Penal pode ser contemplada nas inúmeras fases e processos da operação “Lava Jato”²¹, por exemplo. Sem citarmos nomes de investigados e condenados, nem de partidos políticos, pois somente queremos exemplificar genericamente, as negociações entre o Estado e os delatores dos esquemas de corrupção (que também são criminosos), e parte das punições aplicadas aos criminosos de “colarinho branco” têm demonstrado à sociedade as diferentes formas pelas quais o Estado pode exercer seu direito de punir. Aos pobres e negros a punição é a mais rígida possível, aos milionários brancos a punição é sempre mais benevolente, isso quando são punidos.

A crítica à celebração de acordos de colaboração premiada²² entre o Estado e alguns infratores, e a concessão de prisão domiciliar cumprida em mansões reforçam tanto o sentimento de impunidade quanto a natureza seletiva do Direito Penal.

Destacamos o posicionamento beccariano, no sentido de que a punição deve ser clara e eficaz e que de forma alguma deve nutrir no criminoso a esperança da impunidade. Da mesma maneira, Foucault (2014, p. 97) destaca a importância da precisão da lei: “É então necessário um código, e que seja suficientemente preciso para que cada tipo de infração possa estar claramente presente nele. A esperança da impunidade não pode se precipitar no silêncio da lei.”

Esse é o outro lado da impunidade, nutrido pela existência de leis ineficazes, obscuras e demasiadamente benevolentes: o sentimento que o próprio criminoso tem de destemur as consequências do crime, destemur as mãos punitivas do Estado, por considerá-las favoráveis à própria criminalidade e não representativa de uma punição suficientemente retributiva e preventiva.

²¹ A operação “Lava Jato” é considerada a maior operação de combate à corrupção no Brasil, iniciada em 2009. (Ministério Público Federal)

²² A colaboração premiada é um benefício previsto na Lei de Organização Criminosa (Lei nº 12.850/2013), que pode ser requerido pelas partes de um processo penal. Segundo o artigo 4º, da referida lei, o juiz poderá conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais resultados: I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;

V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada. (BRASIL, 2016)

5.3 A necessidade de revisão do Código Penal e da Lei de Execução Penal para o aperfeiçoamento da punição-prisão

Antes de aprofundarmos nossas explicações no último tópico desta tese, queremos esclarecer que não somos contra o discurso retributivo-preventivo do artigo 59 do Código Penal, nem contra o discurso de recuperação moral do criminoso, presentes nos artigos 1º e 10 da Lei de Execução Penal.²³ Nossa posição é absolutamente contrária às condições desumanas de cumprimento da pena privativa de liberdade. Por isso, buscamos o aperfeiçoamento da punição-prisão, com a finalidade de torná-la eficiente.

5.3.1 Proposta de atualização à parte final do *caput* do artigo 59 do CP

Entendemos que o artigo 59 do CP deve adotar a teoria absoluta de justificação da punição, tendo como foco principal a retribuição. Consideramos que o conceito de retributivismo em sentido kantiano precisa ser resgatado, com o fim de alcançarmos uma nova perspectiva para o aprimoramento da visão do legislador sobre a aplicação da pena e sua futura execução por parte do condenado. Dessa forma, sugerimos que a parte final do artigo 59 do CP seja modificada pelo legislador brasileiro, seguindo as normas de alteração legislativa, após discussões nas casas legislativas e sanção presidencial, passando a vigorar com o seguinte acréscimo:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e, **secundariamente**, prevenção do crime:

I as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

²³ Esclarecemos também que não temos posição desfavorável à aplicação de benefícios aos presos condenados, como a progressão de regime prisional e o livramento condicional, mas entendemos que os requisitos legais para concessão dessas e de outras benesses, como a saída temporária, precisam ser revisados, tanto na análise do critério objetivo (cumprimento de parte da pena), quanto na análise do critério subjetivo (merecimento do condenado).

IV a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. (BRASIL, 2016, p. 161, GRIFO e ACRÉSCIMO NOSSO)

O acréscimo da palavra “secundariamente” à parte final do *caput* do artigo 59 do CP tem por objetivo evidenciar que o caráter de prevenção da pena deve ser considerado como algo dotado de uma importância de segunda ordem. De igual modo, tal acréscimo tem por objetivo reforçar o caráter retributivo da pena como constituidor do foco principal da punição. A partir da alteração proposta, teremos também uma modificação no discurso anunciado pela lei. O discurso retributivo-preventivo daria lugar ao discurso retributivo, com influências do retributivismo kantiano, que sustenta que a punição deve acompanhar o crime em razão de uma qualidade negativa intrínseca à conduta e ao próprio criminoso, e não em razão de hipotéticas consequências socialmente desejáveis que ela possa futuramente produzir. Pelo discurso retributivo, o caráter utilitarista e prevencionista atribuído à punição brasileira seria de plano secundário, como esclarecemos.

De acordo com nossa proposta, o Estado continuará exercendo o *jus puniendi*, porém, o foco central de seus esforços passará a ser a retribuição. Desse modo, o juiz criminal continuará aplicando a dosimetria da pena conforme os requisitos legais, porém, o critério utilizado para quantificação da pena privativa de liberdade deverá ser reforçado pelo caráter retributivo, buscando-se cada vez mais retribuir o mal causado pelo crime, na medida da lesividade do mesmo e da culpabilidade do agente, o que reforçará a proporcionalidade da punição-prisão.

Na atual redação do *caput*, do artigo 59 do CP, a lei penal anuncia que a punição deve ser aplicada ao criminoso de forma a retribuir-lhe o mal causado e prevenir a prática de outros delitos. Em outras palavras, retribuição e prevenção possuem a mesma medida dada pelo legislador.

Na proposição que fazemos, a retribuição passará a ter peso maior do que a prevenção, pois esta terá caráter secundário.

5.3.2 Proposta de atualização ao artigo 1º, da Lei de Execução Penal

No que se refere à execução penal, a LEP adotou a teoria da prevenção especial positiva, ou seja, temos um discurso de recuperação moral do criminoso que, como vimos, é um discurso existente apenas no plano teórico. Novamente,

entendemos ser preciso sobrepor o caráter retributivo (objetivo primário) da execução penal ao seu caráter preventivo (objetivo secundário). A sobreposição do retributivismo ao prevencionismo, que propomos, tem a finalidade de reforçar a necessidade de cumprimento fiel da sentença criminal, sobretudo no *quantum* de pena cumprida pelo condenado e nas condições adequadas para este cumprimento. Para tanto, propomos o seguinte acréscimo no artigo 1º da LEP:

Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal e, **secundariamente**, proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado. (BRASIL, 2016, p.377, GRIFO E ACRÉSCIMO NOSSO)

Acrescentar o vocábulo “secundariamente”, antes do segundo objetivo anunciado pela LEP (proporcionar condições para a ressocialização do condenado), não significa aniquilar esse objetivo. Isso não está presente nesta proposição nem na atualização que propusemos para o artigo 59 do CP. Seguindo o mesmo raciocínio do tópico anterior, a finalidade de ressocialização do criminoso passará a ser de ordem secundária, o que não desobriga o Estado de cumpri-la. Porém, significa que o Estado deve primeiro estruturar o sistema penitenciário, propiciando condições adequadas e dignas para o cumprimento da pena privativa de liberdade, a fim de que o tempo de prisão cumprida pelo criminoso lhe proporcione a possibilidade de refletir sobre o não cometimento de novos delitos. A situação precária dos estabelecimentos penais brasileiros revela que as péssimas condições dos presídios estão longe de intimidar e prevenir a reincidência. Na verdade, os presos conhecem bem a desumanidade das prisões brasileiras. Isso nos força a pensar que uma possível solução para o problema do sistema carcerário seja a reestruturação e humanização dos presídios. Em outras palavras, nosso pensamento é no sentido de que, para efetivar as disposições da sentença penal condenatória, foco principal da LEP, é fundamental que o Estado ofereça condições dignas para a execução da pena. Dignidade tanto para os condenados, quanto para os agentes penitenciários, diretores dos presídios, e demais profissionais que trabalham nesta área.

A nosso ver, a reforma dos estabelecimentos penais pode contribuir diretamente para o caráter retributivo da pena e para o resgate da credibilidade do *jus puniendi* do Estado. Somente depois que isso estiver bem estabelecido,

considerando que o caráter preventivo deve ter valor secundário, o Estado terá condições de proporcionar uma possível ressocialização do condenado.

A partir da atualização legal proposta, ficaria em maior evidência o primeiro objetivo da LEP: “efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal”. Nesse sentido, o cumprimento da sentença penal condenatória seria o foco primário da execução da pena, e os esforços para a recuperação do condenado seriam secundários. O dever do Estado de prestar assistência ao preso objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade, anunciado no artigo 10 da LEP, seria mantido e aplicado em harmonia com a natureza secundária da prevenção, recomendada nesta tese.

5.3.3 A necessidade de maior rigidez da lei penal

O discurso jurídico retributivo-preventivo do Código Penal e o discurso jurídico de recuperação moral do criminoso, presentes na Lei de Execução Penal, não correspondem ao “contexto real” da punição brasileira.

O discurso retributivo-preventivo do CP tem sua base ancorada nas teorias mistas ou ecléticas de justificação da punição. Essas teorias, por sua vez, mesclam os fundamentos dos retributivistas (teorias absolutas) e dos prevencionistas (teorias relativas).

Segundo o retributivismo kantiano, por exemplo, a justificação da punição é de ordem da ética deontológica, alicerçada no valor moral da lei penal infringida pelo criminoso. A finalidade de recuperá-lo ou de impedir que pessoas não criminosas não cometam crimes não são tomadas como fatores determinantes da punição. Para Kant, a possível recuperação do condenado e a inibição de novos crimes devem ser considerados fatores secundários da punição, e não primários.

Como explicado na segunda seção, na perspectiva kantiana, a punição teria como principal objetivo a imposição de um dano decorrente da violação do dever jurídico, encontrando neste dano sua devida proporção e sua própria justificação.

A base da tese do retributivismo é o entendimento de que um crime deve ser punido pela mera razão de que o criminoso fez por **merecer** a punição, e uma punição proporcional à gravidade do delito cometido. Assim, cabe ao Estado determinar a aplicação da punição, considerando a lei e o tempo passado do crime.

De modo diferente, a base dos prevencionistas é a prevenção dos crimes. Há nas teorias relativas uma visão futurística de justificação, pois espera-se que a punição impeça a reincidência do infrator, e coíba as pessoas, de modo geral, a não se tornarem infratoras. A punição é justificada pelos prevencionistas em termos das consequências que esperam obter dela, portanto, há um caráter utilitarista na essência da punição.

Em relação à punição, a mesclagem dos fundamentos retributivistas e prevencionistas forma o discurso do Código Penal Brasileiro. Contudo, esse discurso não se consolida na prática.

Ao longo dos anos, observamos que o legislador brasileiro tem criado leis que determinam punições e recompensas aos criminosos. Também temos leis, como a de execução penal (LEP), que exigem um comportamento garantidor do Estado, como o dever de oferecer diversas assistências aos presos, mas que não são cumpridas na prática.

O discurso de recuperação moral do delinquente, expresso nos artigos 1º e 10 da LEP, está baseado na teoria da prevenção especial positiva, cuja finalidade central é a ressocialização do criminoso. Pelas altas taxas de reincidência, e pela superpopulação carcerária, já provamos que este discurso somente existe no plano teórico.

Frente a esta contradição entre teoria e realidade indagamos: o que fazer? Dar uma resposta para esta pergunta não é uma tarefa fácil. Poderíamos responder diretamente que precisamos de mais investimento em educação e em segurança pública, como de fato precisamos, mas construiremos nossa resposta para o problema da punição, mantendo o foco nas teorias de justificação, no discurso dos artigos que analisamos na terceira seção e na necessidade de aperfeiçoamento da punição, por meio da maior rigidez da legislação penal.

Concordamos com a afirmação de Orlandi (2005) de que o discurso é um instrumento de mediação que pode possibilitar tanto a permanência e a continuidade, quanto o deslocamento e a transformação do homem e de sua realidade. Este agente mediador – o discurso – a nosso ver, pode ser o ponto de partida para o aperfeiçoamento da punição no Brasil. De que forma?

Vimos que os discursos jurídicos do Código Penal e da Lei de Execução Penal são incompatíveis com prática da punição. A lei possui um discurso que almeja reprovar e prevenir o crime, bem como ressocializar o criminoso. Este

discurso não tem sido cumprido na prática da punição. No contexto real, encontramos um cenário desumano de execução penal, mas, ao mesmo tempo, uma série de benesses legais que garantem alguns privilégios e até a antecipação da liberdade dos presos, sob a justificativa de recuperá-los ou de já estarem aptos ao convívio social. Os benefícios concedidos pela lei não têm indicado a existência de ressocialização dos criminosos, pois possuímos altas taxas de reincidência (70 a 75%) e superpopulação carcerária (mais de 726.000).

Do ponto de vista científico, esta tese propõe a necessidade de maior rigor da legislação penal, visando uma transformação, a longo prazo, da execução da pena privativa de liberdade no Brasil. Não podemos perpetuar a prática da punição-prisão tão distante e diferente de seu discurso teórico. Em nosso raciocínio, a LEP precisa ser mais rigorosa em seus mecanismos de garantia de benefícios aos presos. O caráter retributivo da punição-prisão precisa ser renovado e fortalecido. Afinal, é importante lembrar que praticar ou não um crime é uma decisão particular do indivíduo. Nesse sentido, entendemos que, a partir da visão retributiva de Kant, possamos reencontrar o caminho para o aperfeiçoamento da punição. O discurso kantiano afirma que o criminoso é merecedor da punição por causa de sua própria conduta criminosa, ou seja, em razão do dano causado por ele. Portanto, a retribuição do poder punitivo do Estado deve se concretizar na imposição de um dano (prisão) decorrente da violação do dever jurídico, encontrando neste dano sua devida proporção e sua própria justificação. Por este raciocínio, entendemos que, em matéria de punição, a prioridade do Estado deve ser o caráter retributivo, ou seja, a finalidade primária da punição é a retribuição. Somente após a consolidação de uma punição-prisão eficaz, poderemos pensar na possível recuperação moral do criminoso – a ressocialização –, sendo esta considerada fator secundário da punição.

Talvez, se um dia alcançarmos uma legislação penal mais rígida quanto à concessão dos benefícios aos presos, possamos futuramente obter o aperfeiçoamento da punição e, conseqüentemente, a sua eficiência ou algo o mais próximo disso. Lembremos de que o cenário brasileiro atual é o de crescimento da prática de crimes violentos, de altas taxas de reincidência, de superpopulação carcerária e de absoluta crise no sistema penitenciário. A proposta de maior rigor na execução da pena privativa de liberdade não significa violação dos direitos do preso. Defendemos que a dignidade e os direitos individuais dos presos precisam ser

respeitados e que as normas da LEP acerca da estrutura dos estabelecimentos penais devem ser aplicadas na prática. Em outras palavras, é fundamental que o Estado invista na reforma e na construção de novos presídios, inclusive para diminuir o déficit de vagas, bem como na reformulação do sistema penitenciário brasileiro, o que também inclui investimento para a adequação do número de agentes penitenciários, capacitação dos mesmos e condições dignas de trabalho.

Reconhecemos que outras áreas do país também estão em crise. A educação, por exemplo, é uma das áreas básicas que necessita de maior investimento. A educação é o termômetro da civilização de uma nação.

Segundo Beccaria (2013), a educação é o meio mais adequado de prevenir o crime. Para o autor, o meio mais seguro, mas ao mesmo tempo mais difícil, de tornar os homens menos inclinados a praticar o mal, é aperfeiçoar a educação. Concordamos com o humanista milanês, porém, na realidade brasileira, a educação também tem sido falha. Um país que não investe o suficiente em educação, terá de investir em punição. Em outras palavras, a insuficiência de investimento na educação contribui para o crescimento da criminalidade e da crise prisional. Logo, isso aumenta a necessidade de aplicação de recursos na seara da punição: mais segurança pública; reforma e construção de novos presídios, delegacias e cadeias; adequação do número de policiais e agentes penitenciários.

A ideia é despertar o legislador brasileiro a propor algumas alterações legais que podem colaborar para a eficiência da punição, como a exigência do cumprimento de uma porcentagem maior da pena privativa de liberdade no regime inicialmente fixado na sentença (requisito objetivo), e a análise mais rígida e criteriosa do mérito do condenado (requisito subjetivo), para ter o deferimento de um benefício legal, como a progressão de regime e o livramento condicional.

Possivelmente, se a legislação penal for mais rígida para os condenados, o Estado busque promover ações mais intencionais no sentido de retribuir a punição ao infrator, de modo mais eficaz. Além de uma perspectiva da punição-prisão mais eficiente, talvez, a longo prazo, o Estado recupere a credibilidade de seu poder punitivo, a partir da existência de uma legislação penal mais intimidativa e rígida.

Sabemos que além das altas taxas de reincidência, da superpopulação carcerária e da precariedade dos estabelecimentos penais, o Brasil enfrenta gravíssimos problemas sociais, administrativos e políticos em outras áreas que também podem influenciar a eficiência do sistema punitivo. Como destacamos, há

problemas sérios nas áreas da educação e da segurança pública, além de o Brasil ser considerado o 10º país no mundo, no *ranking* da desigualdade social, segundo o Relatório de Desenvolvimento Humano (RDH), elaborado pelas Nações Unidas. (GLOBO.COM, 2017). Esse cenário desfavorável também é causado pela movimentação trilionária de corrupção no país,²⁴ pois por meio do desvio do dinheiro público e da lavagem de dinheiro, as ações e os investimentos que deveriam ser destinados e realizados nas áreas básicas de políticas públicas não o são, e isso também influi na precariedade estrutural das unidades prisionais.

²⁴ Um levantamento de peritos da Polícia Federal mostra que todas as operações financeiras averiguadas nas investigações da Lava Jato somam R\$ 8 trilhões. (Informação atualizada em 09/01/2017 pela Revista Eletrônica Época).

CONCLUSÃO

O século XVII e parte do século XVIII foram marcados pela crueldade das punições aplicadas à época. A pena possuía o caráter de castigo e tormento aos criminosos, que tinham seus próprios corpos sacrificados em intenso e cruel sofrimento físico. A expressão máxima do poder soberano do Estado era representada pela crueldade e desumanidade das punições.

Os registros históricos demonstram que, a partir do Iluminismo, das influências humanistas de Beccaria e dos reformadores da época, foi iniciado o processo de humanização da punição. Na Europa e nos Estados Unidos foi inaugurada uma nova era para a justiça penal, a partir do século XVIII. Projetos de leis modernas, reforma política do direito de punir, implementação de uma nova teoria da lei e do crime. Dentre tantas transformações, o desaparecimento dos suplícios foi o grande destaque, pois o corpo do criminoso deixou de ser o foco da repressão criminal e, conseqüentemente, ocorreu a supressão do espetáculo punitivo. Segundo Foucault (2014), no início do século XIX, a prisão passou a ser considerada o novo modelo legitimador do poder punitivo do Estado, como instrumento de manutenção da lei e da ordem.

Em *Vigiar e Punir*, Foucault (2014) destaca a importância histórica do processo de transformação da punição, em que o corpo e o sangue deixam de ser os principais elementos representativos do poder punitivo, dando lugar a uma nova realidade para a justiça penal: a realidade incorpórea, representada pela alma. Essa transição ocorreu de forma gradativa, no decorrer da própria história. Com a mudança de comportamento do homem, os crimes e as penas foram sendo modificados, o que ainda ocorre nos dias de hoje. A nova forma de punição aponta para uma justiça penal que deseja punir e não se vingar.

A punição-prisão, objeto central desta pesquisa, é a espécie de pena mais aplicada no Brasil. Há mais de 200 anos, foi iniciado o processo de humanização da punição, porém identificamos que é preciso ser dada continuidade a este processo, ou seja, humanizar a punição é um processo permanente.

Nesta tese, discorreremos sobre as teorias de justificação da punição, dentre as quais destacamos o retributivismo kantiano. Segundo Kant (2008), a lei penal é um imperativo categórico que deve ser respeitado incondicionalmente. Para o autor, a aplicação da pena deve ser justificada em razão de o criminoso ter cometido

um delito, não havendo qualquer outra justificativa à punição. Esse posicionamento é consolidado pelas teorias absolutas de justificação. Em posição diferente, as teorias relativas sustentam que a justificativa moral da punição consiste na sua potencialidade de prevenir a prática da conduta criminosa e de promover o bem-estar da maioria da sociedade, dissuadindo as pessoas a não cometerem o crime. Ainda temos as teorias mistas ou ecléticas que defendem o caráter retributivo e preventivo da justificação da punição.

Do ponto de vista teórico, verificamos que o Código Penal Brasileiro adotou a teoria mista como justificação da punição. No artigo 59 do CP, identificamos que a lei penal anuncia o discurso jurídico retributivo-preventivo a respeito da aplicação da pena. Nos artigos 1º e 10 da Lei de Execução Penal, verificamos a enunciação do discurso de recuperação moral do criminoso (de natureza interdisciplinar), baseado na teoria da prevenção especial positiva, decorrente dos fundamentos prevencionistas, em que o Estado tem o dever de prestar todas as assistências destinadas ao preso, para sua ressocialização.

A partir das concepções bakhtinianas sobre discurso, consideramos que a lei penal é uma espécie de gênero de discurso. A lei penal é composta por um conjunto de enunciados escritos que formam um tipo de discurso jurídico. Para Bourdieu (2010), o Direito é concebido como discurso que tem por principal marca o poder de ser legitimado pela peculiar condição simbólica (poder simbólico). O discurso jurídico possui a característica da interferência, pois atua na realidade, logo, pode interferir no mundo social e na particularidade das pessoas. Reforçamos a proposição da linguista Orlandi (2005) de que o discurso é um instrumento de mediação que pode possibilitar tanto a permanência e a continuidade, quanto o deslocamento e a transformação do homem e de sua realidade. Consideramos o discurso como agente mediador que possibilita reflexões e novas proposições acerca da punição no Brasil.

Por meio dessa pesquisa, constatamos que a prática da punição brasileira não tem sido compatível com o discurso jurídico anunciado pela lei penal. Analisamos a prática da punição-prisão no Brasil, considerando o que chamamos de contexto real, a partir da análise de três fatores indicadores da ineficiência da punição: os altos índices de reincidência criminal, a superpopulação carcerária e a precariedade dos estabelecimentos prisionais brasileiros.

De acordo com os Departamentos Penitenciários Estaduais e Nacional, as taxas de reincidência criminal brasileira giram em torno de 70% a 75%. As Informações Penitenciárias Oficiais registraram que o Brasil já é considerado o terceiro país no *ranking* mundial que mais aplica a pena privativa de liberdade, e possui uma superpopulação carcerária com mais de 726.000 presos, ficando um déficit com mais de 350.000 vagas. As características dos presídios brasileiros são a precariedade estrutural e o desrespeito à dignidade da pessoa humana (dos presos e dos agentes penitenciários). Diante desses graves problemas reais, afirmamos o Estado tem sido ineficiente e insuficiente em seu poder punitivo, logo, não tem cumprido satisfatoriamente nem o caráter retributivo nem o caráter preventivo da pena, como anuncia o discurso jurídico da lei penal.

Frente a essas questões problemáticas, as proposições desta tese são firmadas no sentido de buscar o aperfeiçoamento da punição no Brasil. Acreditamos que um dos caminhos para a transformação da realidade do sistema punitivo brasileiro seja a privatização dos presídios, seguindo o modelo francês, em que a iniciativa privada se responsabiliza pela gerência dos serviços dos estabelecimentos penais, e o Estado administra a punição-prisão e controla os aspectos jurídicos do condenado. Nesse caso, defendemos o modelo de privatização em forma de cogestão.

A pesquisa também demonstrou a necessidade de maior rigor da Lei de Execução Penal, quanto aos critérios para concessão de benefícios como a progressão de regime prisional e o livramento condicional. A transferência do condenado para um regime mais brando e a antecipação da liberdade condicionada precisam ser examinadas de forma mais rígida e criteriosa, tanto na porcentagem de pena cumprida (requisito objetivo) quanto na análise do merecimento do criminoso (requisito subjetivo), a fim de evitar a concessão de benefícios para condenados ainda inaptos ao convívio social, e de tornar a punição mais eficiente e suficiente para também resgatar a credibilidade do poder punitivo do Estado e o temor à punição.

Identificamos ainda a necessidade de revisão do artigo 59 do Código Penal e do artigo 1º da Lei de Execução Penal, por meio da adoção do discurso retributivo. Nesse sentido, defendemos que o foco principal do poder punitivo deve ser a retribuição, ou seja, a imposição da pena proporcional ao crime cometido. Isso significa que entendemos que os esforços para a possível ressocialização do

criminoso devem ser realizados como plano secundário. Em outras palavras, acreditamos que o estado brasileiro precisa primeiro investir na estruturação das unidades prisionais, na construção de novos estabelecimentos penais, na humanização e na segurança dos presídios, para que haja condições dignas para o cumprimento fiel da sentença penal condenatória, para que seja combatida com mais eficiência a entrada de armas, munições e drogas nas unidades prisionais, e para que a punição tenha reforçado o caráter retributivo, segundo as influências do retributivismo kantiano. Somente depois da consolidação de uma punição-prisão eficiente e suficiente, poderá ser possível propiciar condições para a ressocialização do criminoso.

Esclarecemos mais uma vez que não somos contra as ações e benefícios que podem estimular a recuperação moral do preso. Defendemos a forma progressiva de execução penal, contudo, lembramos que o Brasil vivencia um cenário de crescimento da violência dentro e fora dos presídios. O aumento da criminalidade violenta é um sinal indicativo do destemor ao modelo atual de punição. As altas taxas de reincidência revelam o desprezo dos criminosos à lei e ao próprio Estado. As ocorrências de rebeliões nas unidades prisionais brasileiras demonstram as fragilidades e a precariedade do sistema punitivo em vigor. Em razão da expansão do crime organizado, do crescimento do tráfico de drogas ilícitas, dos crimes cometidos com violência e grave ameaça à pessoa, nos posicionamos a favor de maior rigidez da legislação penal brasileira durante a execução da pena, da real aplicabilidade do princípio da dignidade humana nos estabelecimentos prisionais, da experiência da privatização dos presídios em forma de cogestão, em todos os estados brasileiros, e da sobreposição do discurso retributivo em relação ao caráter utilitário da pena, com o fim de alcançarmos o aprimoramento da punição-prisão.

Entendemos que é urgente a necessidade de reestruturação dos presídios brasileiros, aliada aos fundamentos da dignidade humana para que o condenado tenha condições dignas de cumprimento de pena. Contudo, durante a fase de execução penal, é imperioso analisar individualmente cada caso concreto para verificar possibilidade real de deferimento dos benefícios legais que ampliam os direitos do condenado privado de liberdade. O retorno ao convívio social deve ocorrer de modo gradativo e seguro, mas, acima de tudo, a punição deve de fato impactar o criminoso para que este não volte mais a delinquir. Punição exemplar é a punição proporcional, eficiente e que respeita a dignidade humana.

REFERÊNCIAS

BAKHTIN, Mikhail. *Estética da criação verbal*. [introdução e tradução do russo Paulo Bezerra]. 6 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raul; Alagia, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. [tradução de Cretella Jr e Agnes Cretella]. 6 ed. ver. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2001. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/delitosB.html>. Acesso em: 09 set. 2017.

BITENCOURT, Cézár Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 17 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. [tradução Fernando Tomaz] 14 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

BRANDÃO, Helena H. Nagamine Brandão. *Introdução à análise do discurso*. Campinas/SP: Unicamp, 2010.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 54 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública*. 2017. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Disponível em: http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2017/12/ANUARIO_11_2017.pdf. Acesso em 3 fev. 2018.

CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2015.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *A visão do Ministério Público sobre o sistema prisional brasileiro – 2016*. Brasília: CNMP, 2016. Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2016/Livro_sistema_prisional_web_7_12_2016.pdf. Acesso em: 27 dez. 2017

COSTA JR, Paulo José da. *Curso de Direito Penal*. 11 ed. Rev. e Atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

D'UR, Luiz Flávio Borges. *A privatização dos presídios*. Super interessante. Ciência. Abril. 2016. Disponível em: <https://super.abril.com.br/ciencia/a-privatizacao-dos-presidios/>. Acesso em: 6 fev. 2018.

ÉPOCA. *Valor movimentado na lava jato soma R\$ 8 trilhões*. Disponível em: <http://epoca.globo.com/politica/expresso/noticia/2017/01/valor-movimentado-na-lava-jato-soma-r-8-trilhoes.html>. Acesso em 01 de jan. 2018.

ESTEFAM, André. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____ ; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito Penal Esquematizado: parte geral*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

ESTEVEZ, Julio. *Éticas deontológicas: a ética kantiana*. In. Manual de ética: questões de ética teórica e aplicada. João Carlos Brum Torres [org.] Petrópolis, RJ: Vozes; Caxias do Sul, RS: Universidade de Caxias do Sul; Rio de Janeiro: BNDES, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 3. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramalhete. 42 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. 5 ed. São Paulo: Max Limonad, 1980.

GLOBO.COM. *Ratos, baratas e doenças como sarna, HIV, tuberculose e sífilis são comuns em presídios brasileiros*. Disponível em: <http://g1.globo.com/profissao-reporter/noticia/2017/06/ratos-baratas-e-doencas-como-sarna-hiv-tuberculose-e-sifilis-sao-comuns-em-presidios-brasileiros.html>. Acesso em: 27 dez. 2017.

_____. *Brasil é o 10º país mais desigual do mundo*. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/brasil-o-10-pais-mais-desigual-do-mundo-21094828>. Acesso em: 01 jan. 2018.

_____. *Gastos públicos com segurança chegam a R\$ 76 bilhões em 2015*. Disponível em: <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2016/11/gastos-publicos-com-seguranca-chegam-r-76-bilhoes-em-2015.html>. Acesso em 3 fev. 2018.

_____. *Entrada de arma e celular em Tocantins tem tabela de preço*. Jornal Nacional. Edição de 10 jan 2017. Disponível em: <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2017/01/entrada-de-arma-e-celular-em-prisao-do-tocantins-tem-tabela-de-preco.html>. Acesso em: 6 fev. 2018.

GOMES, Luiz Flávio; ALMEIDA, Débora de Souza. *Populismo penal midiático: caso mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico*. [Coord. Alice Bianchini, Ivan Luís Marques e Luiz Flávio Gomes]. São Paulo: Saraiva, 2013.

GOMES, Luiz Flávio. *Violência epidêmica e política equivocada*. Instituto Avante Brasil, 2014. Disponível em: <http://institutoavantebrasil.com.br/brasil-reincidencia-de-ate-70/>. Acesso em: 10 nov. 2017.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 14 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

_____. *Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal*. 6ª ed. Niterói/RJ: Impetus, 2011.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. 2017. *Estimativa da população residente no Brasil e unidades da federação com data de referência em 1º de julho de 2017*. Disponível em: [ftp://ftp.ibge.gov.br/Estimativas de Populacao/Estimativas 2017/estimativa dou_2017.pdf](ftp://ftp.ibge.gov.br/Estimativas_de_Populacao/Estimativas_2017/estimativa_dou_2017.pdf). Acesso em: 2 fev. 2018.

INFOPEN. *Levantamento nacional de informações penitenciárias*: INFOPEN. Atualização – junho de 2016 / organização Thandara Santos; colaboração Marlene Inês da Rosa [et. al.] Brasília: Ministério da Justiça e Segurança pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017.

IMAMUNDO, Eduardo. *Hermenêutica e Hermenêutica Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2017.

IPEA. *Reincidência criminal no Brasil*. Relatório de pesquisa. Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2015. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150611_relatorio_reincidencia_criminal.pdf. Acesso em: 15 out. 2017.

_____. *Atlas da violência 2017*. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2017. Disponível em: [http://ipea.gov.br/portal/images/170602_atlas da violencia 2017.pdf](http://ipea.gov.br/portal/images/170602_atlas_da_violencia_2017.pdf). Acesso em: 30 dez. 2017.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. [tradução Paulo Quintela]. São Paulo: Abril, 1974.

_____. *Introdução ao Estudo do Direito: doutrina do Direito*. [tradução, textos adicionais e notas Edson Bini]. Bauru, SP: Edipro, 2007.

_____. *A metafísica dos costumes*. [tradução, textos adicionais e notas Edson Bini]. Bauru, SP: Edipro, 2008.

_____. *Princípios metafísicos da doutrina do direito*. [tradução Joaosinho Becknkamp]. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

MEDEIROS, Alexsandro M. *Iluminismo*. 2014. Disponível em: <http://www.portalconscienciapolitica.com.br/filosofia-politica/filosofia-moderna/iluminismo/>. Acesso em 15 de nov. 2017.

MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal: parte geral*. Arts. 1º a 120 do CP. 28 Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

MOZDZENSKI, Leonardo Pinheiro. *Análise crítica do discurso jurídico: uma proposta de investigação*. Revista da Faculdade de Direito de Caruaru / Ascens – vol. 42. Nº 1 – Jan-Jun/2010 – ISSN 2178-986X, 2010.

MPF. *Caso Lava Jato*. Ministério Público Federal. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/investigacao/historico/por-onde-comecou>. Acesso em: 31 dez. 2017.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 1978.

ORLANDI, Eni P. *Análise de discurso: princípios e procedimentos*. Campinas/SP: Pontes, 2005.

PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. *Teoria da pena e execução penal*. Uma introdução crítica. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2011.

SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. [tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo]. 13ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

SCARIOT, Juliane. *Fundamentos éticos do direito de punir*. In. Manual de ética: questões de ética teórica e aplicada. João Carlos Brum Torres [org.] Petrópolis, RJ: Vozes; Caxias do Sul, RS: Universidade de Caxias do Sul; Rio de Janeiro: BNDES, 2014.

SMANIO, Gianpaolo Poggio; FABRETTI, Humberto Barrionuevo. *Introdução ao Direito Penal: criminologia, princípios e cidadania*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SILVA FRANCO, Alberto. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial - parte geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

UOL.COM. *Prós e contras das privatizações dos presídios*. Malu Delgado. Uol notícias. 2017. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/deutschewelle/2017/01/17/pros-e-contras-das-privatizacoes-de-presidios.htm>. Acesso em: 6 fev. 2018.

WOLKMER, A.C. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. *Manual de Derecho Penal: parte general*. 2 ed. 4 reimpr. Buenos Aires: Ediar, 2010.