

TEORIAS DA PENA: DAS CORRENTES FUNCIONALIZANTES À PERSPECTIVA NEGATIVA

*THEORIES OF PUNISHMENT: FROM THE FUNCIONAL
DOCTRINE TO THE NEGATIVE PERSPECTIVE*

Camila Andrade¹

Faculdade Damas/PE

Leonardo Siqueira²

Faculdade Damas/PE

Resumo

O presente artigo investiga as funções declaradas da pena, com enfoque nas teorias relativas, buscando compreender os fundamentos essenciais do justificacionismo e suas fragilidades éticas e/ou empíricas. Pretende-se estabelecer, portanto, que grau de autismo macula os discursos legitimantes, bem como identificar eventuais aspectos que denotem uma falaciosa benevolência, travestindo de um bem a imposição de um mal, com repercussão, inclusive, na quantificação da reprimenda. Dessa forma, o trabalho investiga a possibilidade de se superar as correntes funcionalizantes, aderindo a uma concepção negativa em torno da pena e, portanto, reconhecendo-a como fato de poder.

Palavras-chave:

Funções da pena. Teorias relativas. Prevencionismo. Teoria negativa.

Abstract

The present paper investigates the declared functions of punishment, with focus on the relative theories, seeking to understand their essential grounds and ethical or empirical weaknesses. It intends to establish the level of autism that maculates the legitimating speeches, as well as eventually detect indicators of a false benevolence – disguising as a good deed the imposition of an evil –, with consequences, also, on how the penalty is calculated. The paper, thus, investigates the possibility of

¹ Mestranda em Direito pela Faculdade Damas da Instrução Cristã.

² Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade Damas da Instrução Cristã- Doutor em Direito pela UFPE

overcoming the functional theories, adopting a negative conception when it comes to criminal sanction and, therefore, recognizing it as an act of power.

Keywords:

Functions of punishment. Relative theories. Prevention. Negative theory.

“Se nos suele enganar haciéndonos creer que conforme a nuestro discurso se ejerce el poder punitivo. Y nuestro narcisismo nos inclina a creer semejante falácia, cuando en realidad el poder punitivo funciona solo, y nosotros vamos acompañándolo con un discurso que, como decía hace um instante, a veces lo legitima y otras veces lo critica”. (Eugenio Raúl Zaffaroni)

1. INTRODUZINDO A PROBLEMÁTICA: POR QUE PUNIR? O ANSEIO POR RACIONALIDADE E LEGITIMAÇÃO.

Metodologicamente, a teoria da pena é objeto de estudo posterior à teoria do crime, como se doutrina e legislação partissem, irrefletidamente, de uma inata relação de causa e efeito entre crime e pena. Em que pese a inversão formal no trato dos temas, “*a punição dos crimes constitui o berço da teoria geral da infração*”³. Toda a teorização voltada à caracterização do fato como criminoso (ou não) tem como pressuposto inafastável um questionamento anterior: por que punir?

E, aliás, a lista de inversões metodológicas se estende: salta-se, com frequência, ao “por que punir?”, sem que antes se reflita sobre a efetiva necessidade da punição⁴. Qualquer ponderação nesse sentido

³ ALVES, Sílvia. **Punir e humanizar**: o direito penal setecentista. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. Fundação para a Ciência e a Tecnologia, 2014. p 14.

⁴ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 131.

equivaleria a violar o axioma segundo o qual crime e pena estão imbricados, inexistindo fórmulas alternativas para lidar – se é que o modelo punitivo lida – com o conflito.

Sobre o tema, Zaffaroni aponta a existência de cinco modelos decisórios: reparador, conciliador, corretivo, terapêutico e punitivo. Este último, pouco apto a combinar-se com os demais, tampouco revela habilidade na solução do conflito, propondo, sim, sua suspensão⁵.

Ainda assim, a premissa punitiva é inviolável, o que constitui a base dos discursos justificacionistas. Mais que um “por que se pune”, busca-se um “para que se pune”, tomando como ponto de partida inafastável a obviedade do exercício punitivo – aos criminosos, a pena.

Qualquer discurso, portanto, deve ser formulado no sentido de ratificar essa obviedade, emprestando-lhe ares de racionalidade e justiça (?), nunca pretendendo revisar o *status quo* punitivo. São, enfim, “teorias que fazem do ‘por que punir?’ um ‘porque punir’”⁶.

As teorias que versam sobre os fins da pena se dividem, essencialmente, em três grandes grupos: teorias absolutas, relativas e mistas⁷, estas últimas congregando as finalidades propostas pelas duas primeiras. Para Zaffaroni, estas equivalem às funções manifestas ou declaradas da pena – em contraposição às latentes ou reais –, decorrentes de uma necessidade republicana, pois “*um poder*

⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al.* **Direito penal brasileiro**: primeiro volume – teoria geral do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 4ª edição, maio de 2011. p. 87.

⁶ ROSA, Alexandre Morais da; KHALED JR., Salah Hassan. **In dubio pro hell**: profanando o sistema penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 95.

⁷ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 281.

*orientador que não expresse para que é exercido não pode submeter-se a um juízo de racionalidade*⁸.

Mais que uma necessidade republicana, o justificacionismo é fruto de um “*dado fundamental da vontade humana, o seu horror vacui [horror ao vácuo]: ele precisa de um objetivo – e preferirá ainda querer o nada a nada querer*”⁹ (grifo nosso). Querer a pena, com frequência, revela-se o equivalente a um “querer o nada” – seguramente um nada em relação ao que propõe o (benevolente e eficientista) discurso oficial.

Parte-se, enfim, da máxima penal eleita, escandalosamente simplificadora de uma realidade complexa: “*o punir gera paz social*”¹⁰. As doutrinas justificacionistas, entretanto, padecem de escancarada fragilidade, seja no plano axiológico; seja por falta de suporte empírico; seja pela mais absoluta incompatibilidade filosófica entre as propostas reunidas sob o pretexto de um sistema eclético, que, além da evidente ilogicidade, tem por consequência desastrosa o agigantamento do *ius puniendi*.

É que ao conciliar, pragmaticamente, perspectivas funcionalizantes antagônicas – retribuição e prevenção –, longe de fortificar a tarefa de contenção do poder punitivo, o Ordenamento Jurídico soma, quando da fixação da reprimenda, as possibilidades exasperadoras. Descumprida, pois, a promessa de equilíbrio própria das teorias ecléticas.

Frágil, igualmente, qualquer elaboração teórica – se é que se pode considerar elaboração teórica – no sentido de legitimar a pena

⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al.* *Op. cit.*, p. 88.

⁹ NIETZSCHE, Friedrich. *Genealogia da moral*. 3ª reimpressão. São Paulo: Companhia de Bolso, 2012. p. 80.

¹⁰ CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito penal a marteladas**: algo sobre Nietzsche e o direito. 1. ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 89.

pela mera vontade da maioria, que, nos dizeres de Amilton Bueno de Carvalho, “*quer dizer apenas a vontade da maioria*”¹¹. Não corresponde ao único e muito menos ao mais nobre elemento da democracia e, aliás, a função judicante não obedece a uma suposta “vontade geral”, vinculando-se – ou devendo vincular-se – espetacularmente, intransigentemente, irrestritamente, a um só objetivo: fazer valer as garantias constitucionais de todos, absolutamente todos, ainda que contra a maioria¹². É a consagração da democracia substancial, que “*nega a vontade ilimitada da maioria e protege o mais débil*”¹³.

Pretende-se, em síntese, expor ao longo da presente pesquisa que questionamentos filosóficos recaem sobre as teorias declaradas das penas – com enfoque nas preventivas – e, ainda, o caráter mitológico das promessas utilitaristas, evidenciando o ululante: “*assistimos hoje a uma crise irreversível da legitimação instrumental dos sistemas punitivos*”¹⁴.

2. O CARÁTER MITOLÓGICO DO PREVENCIÓNISMO.

O prevenCIÓNismo, empregando uma lógica utilitarista, propõe que a finalidade da pena transcende a imposição de um mal,

¹¹ *Op. cit.*, p. 94.

¹² *Op. cit.*, 94 p.

¹³ CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 148.

¹⁴ BARATTA, Alessandro. **Funções instrumentais e simbólicas do direito penal**: lineamentos de uma teoria do bem jurídico. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 2, n. 5, p.5-24, jan./mar. 1994. p. 17.

voltando-se, de alguma forma, a impedir a prática de delitos¹⁵. Busca-se, em tese, uma valorização do homem – ora do delinquente, ora do “homem de bem” potencial vítima, ou mesmo de ambos –, em prol do qual a pena seria imposta¹⁶.

As teorias relativas se desdobram nas ideias de prevenção geral e especial, cada uma delas se subdividindo em negativa e positiva. Partem, em síntese, da premissa de que a pena cumpre uma função positiva, representando um bem para alguém¹⁷, seja pela contenção da criminalidade – a defesa de bens jurídicos e da sociedade é, mediatamente, a função útil da pena em qualquer teoria instrumental –; seja pela finalidade (pretensamente) altruísta de se ressocializar o infrator, função específica imediata que, em última instância, almeja igualmente a proteção de bens jurídicos¹⁸.

Não é outra, aliás, a lição de Von Liszt, para quem deve-se recorrer à pena nos casos em que certos bens jurídicos precisam de proteção contra determinadas perturbações. Permite-se, assim, a adequação da pena à ideia de fim, bem como se estabelece, partindo desse pressuposto protetivo, sua extensão¹⁹.

¹⁵ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 282.

¹⁶ *Op. cit.*, p. 283.

¹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al.* **Direito penal brasileiro**: primeiro volume – teoria geral do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 4ª edição, maio de 2011. p. 93.

¹⁸ BARATTA, Alessandro. *Op. cit.*, p. 18.

¹⁹ VON LIZT, Franz. **La idea de fin en el derecho penal**. 1. ed. Valparaíso: Edeval, 1984. 1ª reimpressão. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1994. p. 88-89.

²⁰ KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias**. Niterói, RJ: Luam, 1991. p. 200-201

A lógica prevencionista encontra no medo o berço de sua ascensão:

“Manipulando dados distorcidos e ocultando outros, divulga-se, assim, sem bases reais, a ideia de um aumento descontrolado da criminalidade convencional, fortalecendo a crença no crescimento do perigo e da ameaça e estimulando os sentimentos de medo e insegurança. Esta publicidade enganosa cria o fantasma da criminalidade, para, em seguida, ‘vender’ a ideia de intervenção do sistema penal, como a alternativa única, como a forma de se conseguir a tão almejada segurança, fazendo crer que, com a reação punitiva, todos os problemas estarão sendo solucionados (...) Esta visão ingênua e mágica começa esquecendo que, na realidade, o sistema penal só opera em um número reduzidíssimo de casos”²⁰.

Uma significativa redução dos delitos – ou, na verdade, da falsa sensação de crescente violência generalizada – seria a consequência natural da função preventiva²¹, atestando a efetividade das teorias instrumentais – não é, por óbvio, o caso. E a desmistificação da perspectiva prevencionista parte de incontáveis fundamentos, decorrentes não somente da incorporação de dados ônticos²², no intuito de superar um discurso jurídico-penal autista²³;

²⁰ KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias**. Niterói, RJ: Luam, 1991. p. 200-201

²¹ BARATTA, Alessandro. **Funções instrumentais e simbólicas do direito penal**: lineamentos de uma teoria do bem jurídico. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 2, n. 5, p.5-24, jan./mar. 1994. p. 18.

²² ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al.* **Direito penal brasileiro**: primeiro volume – teoria geral do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 4^a edição, maio de 2011. p. 99.

²³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **En torno de la cuestión penal**. Montevideo – Buenos Aires: B de F, 2005. p. 73.

como, inclusive, de reflexões filosófico-axiológicas quanto à instrumentalização do homem²⁴.

2.1. Prevenção geral negativa: suporte racionalista e mercadológico.

Embora pré-existente, o justificacionismo intimidatório ganhou expressividade no direito penal setecentista, tendo como um de seus grandes expoentes o utilitarismo de Beccaria. Para o Marquês, não se podendo apagar o passado, a noção de castigo como ato de justiça careceria de qualquer sentido, pelo que a pena teria como único fim inibir a prática de novos crimes, dissuadindo o delinquente apenado e o restante da sociedade²⁵.

Beccaria afirma ser melhor prevenir crimes do que puni-los, numa lógica de contenção do mal ao invés de sua reparação. Embora não deixe de considerar as injustiças sociais como potencializadoras do agir ilícito, o raciocínio assenta-se na ideia de que uma boa legislação é capaz de proporcionar o maior bem-estar possível, preservando a sociedade de sofrimentos²⁶.

Nenhum outro fator, para além da utilidade futura, justificaria a aplicação da reprimenda para o autor, motivo pelo qual Sílvia Alves esclarece que “*o discurso da prevenção chega mesmo a assumir na obra de Beccaria uma fastidiosa feição obsessiva*”²⁷.

Seu radicalismo exclusivista não representa, contudo, a totalidade do pensamento setecentista, que adere

²⁴ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena**: limites, princípios e novos parâmetros. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 124.

²⁵ ALVES, Sílvia. **Punir e humanizar**: o direito penal setecentista. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. Fundação para a Ciência e a Tecnologia, 2014. p. 21-22.

²⁶ CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 123-124.

²⁷ ALVES, Sílvia. **Punir e humanizar**: o direito penal setecentista. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. Fundação para a Ciência e a Tecnologia, 2014. p. 21.

predominantemente às sínteses ecléticas, mesclando retributivismo, prevenção geral e, ocasionalmente, revelando uma preocupação com a emenda do delinquente²⁸. A imposição da pena, e aí reside o eixo comum da época, seria exemplo de justiça apto à dissuasão dos inclinados à delinquência e fonte de sossego dos cidadãos que almejam sentir-se seguros. De sua utilidade, extrair-se-ia a justiça da medida²⁹.

Ao crime, como mau exemplo, deveria corresponder uma pena exemplar que lhe servisse de antídoto – “*a pena é o bom exemplo que responde ao mau exemplo do crime*”³⁰. A não punição perpetuaria o mau exemplo, do que se extrai a noção de impunidade como causa da criminalidade³¹. Ameaça, medo, temor, terror e horror constituem o cerne da lógica preventiva, que supõe estabelecer freios ao intento criminoso, daí porque a base da intimidação é a publicidade das penas³². O desafio reside em encontrar o “*exacto ponto geométrico em que a ameaça da força é suficiente e não mais que a suficiente*”, sob pena de, insensibilizando os criminosos e escandalizando os súditos, incorrer-se em excesso contraproducente e ineficácia dissuasora. A legitimidade do medo, enfim, está condicionada à sua utilidade³³.

Sílvia Alves, em sua brilhante obra, reúne, ainda, uma infinidade de autores que, nas mais diversas épocas, denunciam a ilogicidade de um castigo sem funcionalidade futura, estritamente vinculado a um passado que não se pode apagar, consumado e

²⁸ *Op. cit.*, p. 20-21.

²⁹ *Op. cit.*, p. 26.

³⁰ *Op. cit.*, p. 30-31.

³¹ *Op. cit.*, p. 32.

³² *Op. cit.*, p. 33-34.

³³ *Op. cit.*, p. 34-36.

irrevogável. A vingança seria considerada irracional, pelo que infligir um sofrimento se tornaria aceitável se ligado à obtenção de um bem. Platão, Protágoras, Sêneca, Hobbes, Mello Freire, os juristas do humanismo em geral, Grócio, Pudendorf, dentre outros, são exemplos de pensadores que depositam na pena uma expectativa intimidatória³⁴.

As bases políticas do modelo intimidatório são objeto de análise dos autores já referidos, mas, somente no século XIX, Anselm Von Feuerbach elabora cientificamente a teoria da coação psicológica, que, em complemento à física, antecipa a prática do ilícito. São destinatários da dissuasão via cominação os possíveis protagonistas das lesões jurídicas, isto é, todos, e a aplicação da pena dá efetividade à lei, ou seja, impõe-se a sanção com o objetivo mediato de intimidação generalizada³⁵.

Em ácida crítica ao correccionalismo eticizante, Feuerbach esclarece que “*o Estado não é tutor, mas protetor; não é preceptor, mas defensor; não possuindo como fim a moralidade e a cultura, mas a tutela da liberdade*”³⁶. Seu mérito, destarte, consiste em ter elaborado um modelo que não funde moral e direito, o que confere à teoria da prevenção geral negativa o *status* de única teoria clássica “*idônea a ingressar na modernidade, dado o respeito ao pressuposto da secularização*”³⁷.

³⁴ *Op. cit.*, p. 23-24 e 28-29.

³⁵ FEUERBACH, Anselm von. **Tratado de Derecho Penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 1989. p. 60-61.

³⁶ FEUERBACH, Anselm von. **Anti-Hobbes** (ovvero i limiti del potere supremo e il diritto coattivo dei cittadini contro il sovrano). Milano: Giuffrè, 1972. 104 p. *apud* CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 124.

³⁷ CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 126.

Consoante a teoria em comento, enfim, a pena exerceria, “*através da ameaça da pena e/ou do espetáculo (oculto) de sua aplicação, uma contra motivação que atinja aqueles delinquentes potenciais (...) que não tenham suficientemente introjetado uma atitude espontânea de lealdade à ordem jurídica*”³⁸.

A teoria da coação psicológica, entretanto, é objeto de críticas significativas, que decorrem de ponderações quanto aos riscos que oferece; de questionamentos de ordem ética; de suas premissas equivocadas; e da ausência de respaldo empírico.

A primeira consequência inquietante – e ela recai sobre as teorias relativas em geral – decorre da proeminência de uma preocupação com o sossego público, que prevaleceria sobre qualquer contemplação particular. “*A retórica generosa da desvalorização da pena – a pena, que em si mesma não tem valia; a pena, que repugna a todos os sentimentos generosos – abre um caminho de sucesso em direção ao esquecimento da vítima*”³⁹.

Carrara aponta, ainda, como efeito indesejável da lógica coativa, o aumento constante e progressivo das penas, vez que a prática do delito, ao demonstrar que não se incutiu temor (suficiente), conduz à inferência de que somente o agravamento das reprimendas poderia cumprir tal finalidade⁴⁰. O problema é potencializado pela absoluta impossibilidade de dissuasão total, já que

³⁸ BARATTA, Alessandro. **Funções instrumentais e simbólicas do direito penal:** lineamentos de uma teoria do bem jurídico. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 2, n. 5, p.5-24, jan./mar. 1994. p. 19.

³⁹ ALVES, Sílvia. **Punir e humanizar:** o direito penal setecentista. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. Fundação para a Ciência e a Tecnologia, 2014. p. 29.

⁴⁰ CARRARA, Francesco. **Programa de derecho criminal:** parte general. Bogotá/Buenos Aires: Temis/Depalma, 1996. Volume II. p. 69-70.

os crimes continuam e continuarão sendo praticados⁴¹. Radbruch, acidificando a censura ao modelo intimidatório, indica como implicação desastrosa a instauração de um terrorismo penal, intensificando-se a propensão ao panjudicialismo e ao maximalismo inquisitorial⁴².

No plano ético, questiona-se a aceitação do *punitur ne peccetur* fundada na função ameaçadora da pena⁴³. Zaffaroni esclarece que a prevenção geral negativa parte de uma visão utilitarista, livre de toda consideração ética – a pessoa humana é reduzida a meio⁴⁴ –, o que esbarra nos limites da lógica kantiana.

Isso porque o apenado, deixando de ser o fim da intervenção institucional, converte-se em suporte de uma ação simbólica, cujos fins estão fora dele⁴⁵. Constitui, assim, meio para a dissuasão dos demais e, portanto, torna-se instrumento aos fins do Estado, “*bode expiatório*’ a serviço do poder”⁴⁶. Trata-se, conforme aponta Baratta, de “*ideologia tecnocrática do direito, incompatível com o princípio da dignidade da pessoa humana, considerada como um fim em si*

⁴¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al.* **Direito penal brasileiro**: primeiro volume – teoria geral do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 4ª edição, maio de 2011. p. 119.

⁴² CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 126.

⁴³ MORSELLI, Elio. **A função da pena à luz da moderna criminologia**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 5, n. 19, p.39-46, jul./set. 1997. p. 42.

⁴⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al.* *Op. cit.*, p. 120.

⁴⁵ BARATTA, Alessandro. **Integración-prevenición**: una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica. In: Derecho penal y criminología, 29, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1986, 79-97 p. *apud* KARAM, Maria Lúcia. De crimes, penas e fantasias. Niterói, RJ: Luam, 1991. p. 176.

⁴⁶ CARVALHO, Salo de. *Op. cit.*, p. 126.

*mesmo, e com uma visão que atribui ao homem, antes que ao 'sistema', a prioridade na escala de valores*⁴⁷.

E o risco da instrumentalização se estende perigosamente à quantificação da reprimenda, vez que “*o grau de dor que deve ser causada a uma pessoa, para que outra sinta medo, não depende daquele que sofre, mas sim da capacidade de ser atemorizada da outra*”, pelo que, em abstrato e em concreto, “*a pena não manteria qualquer relação com o conteúdo injusto do fato praticado*”⁴⁸.

Mais:

Além de uma tendência neurótica ao tratamento de todos como potenciais delinquentes⁴⁹, equivoca-se, ainda, a teoria da prevenção geral negativa, por partir de uma concepção mecânico-racional do ser humano, que calcularia o custo-benefício da empreitada delitiva em qualquer circunstância, o que tem por base antropológica uma clara lógica de mercado⁵⁰. A ficção de que, diante dos impulsos criminosos, se realizaria um frio cálculo de rentabilidade, é a expressão máxima da falência – e falácia! – prevencionista, desvelando a natureza policial do poder punitivo⁵¹.

Daí porque se aponta a mais absoluta falta de respaldo empírico da lógica intimidatória, considerada indemonstrada – inexistente evidência que ateste seja cumprida a dissuasão em medida

⁴⁷ BARATTA, Alessandro. **Funções instrumentais e simbólicas do direito penal:** lineamentos de uma teoria do bem jurídico. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 2, n. 5, p.5-24, jan./mar. 1994. p. 18.

⁴⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al.* **Direito penal brasileiro:** primeiro volume – teoria geral do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 4ª edição, maio de 2011. p. 119.

⁴⁹ GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. **Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista.** 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 91.

⁵⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al.* *Op. cit.*, p. 117.

⁵¹ *Op. cit.*, p. 120.

estatisticamente significante⁵² – e indemonstrável⁵³. Há quem indique, como fator determinante à contenção do impulso delitivo, não a pena abstratamente cominada, mas o risco de ser pego, que, entretanto, “*sigue existiendo también en el Derecho Criminal sin pena*”⁵⁴.

Zaffaroni denuncia, ainda, uma falha no modelo prevencionista decorrente da criminalização secundária seletiva: o sistema, elegendo alvos fáceis, pune os infratores responsáveis pelas obras toscas, o que expõe a inabilidade do criminoso selecionado e, longe de dissuadir, serve de mola propulsora à maior elaboração delituosa⁵⁵.

Constata-se, é de se admitir, um aparente efeito dissuasivo da criminalização primária no que tange às infrações menos graves, não se podendo estabelecer, contudo, se a eficácia decorre da pena ou da estigmatização social advinda do fato em si. O discurso declarado parte da ilusão de um panpenalismo que, subestimando um “*proceso de introjeção de pautas éticas que não provém da lei penal*”, supõe ser produto do poder punitivo os efeitos da ética social e do direito em geral, com suas sanções (extrapenais) correspondentes⁵⁶.

⁵² BARATTA, Alessandro. **Funções instrumentais e simbólicas do direito penal:** lineamentos de uma teoria do bem jurídico. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 2, n. 5, p.5-24, jan./mar. 1994. p. 19.

⁵³ GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. *Op. cit.*, p. 92.

⁵⁴ FABRICIUS, Dirk. **Lo que deja un derecho penal sin pena.** Revista de Derecho Penal, Buenos Aires, n. 2, p.69-97, 2009. p. 72.

⁵⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al.* *Op. cit.*, p. 117.

⁵⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al.* **Direito penal brasileiro:** primeiro volume – teoria geral do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 4ª edição, maio de 2011. p. 118.

Em relação às formas mais graves de criminalidade, contudo, o efeito dissuasório revela-se menor ou inexistente⁵⁷, posto que “*geralmente a racionalidade humana é exercida na razão inversa da gravidade do delito praticado*”⁵⁸. Consoante esclarece Dirk Fabricius, suprimir a ameaça de castigo não elevaria, por exemplo, o número de homicídios “cara a cara”⁵⁹.

Longe de produzir (ou mesmo de pretender produzir) a segurança real dos bens jurídicos, o sistema penal, por meio de sua função simbólica, modifica não a realidade, mas a imagem da realidade. A democracia, comunicação entre cidadãos e seus representantes, é substituída pela tecnocracia, surgindo, daí, a política como espetáculo, direcionada a um público cuja opinião – e não suas necessidades – se pretende atender⁶⁰.

Amilton Bueno de Carvalho, em intransigente crítica ao mito prevencionista, aponta-o como um ato de fé:

“não há pesquisa alguma que comprove a hipótese de que a panpunição tenha o condão de reduzir a criminalidade. Mas, isso não importa: a fé dos perseguidores de plantão e do senso comum impõe que assim seja, logo, vive-se como se assim fosse – eis a verdade que não é verdade e que acaba por ter efeitos de verdade! (...) A retórica da impunidade como ‘a’ causa da criminalidade, é mero discurso-de-casca,

⁵⁷ *Op. cit.*, p. 117.

⁵⁸ *Op. cit.*, p. 120.

⁵⁹ FABRICIUS, Dirk. **Lo que deja un derecho penal sin pena**. Revista de Derecho Penal, Buenos Aires, n. 2, p.69-97, 2009. p. 91.

⁶⁰ BARATTA, Alessandro. **Funções instrumentais e simbólicas do direito penal**: lineamentos de uma teoria do bem jurídico. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 2, n. 5, p.5-24, jan./mar. 1994. p. 22.

saber-de-invólucro, de superfície, infantil e infantilizador: improvable e improvável”⁶¹.

A superação da crença autista no modelo intimidatório é, portanto, um dos pontos de partida da presente pesquisa.

2.2. Prevenção geral positiva: entre o moralismo homogeneizante e o enfoque sistêmico.

Em que pese a tendência à simplificação, a prevenção geral positiva assume dois contornos distintos, quais sejam, um de caráter instrumental, efetivamente de tendência prevencionista; e outro com função simbólica, relegando a segundo plano a proteção de bens jurídicos.

3.2.1. Viés instrumental e eticizante: a reta razão de quem?

Hans Welzel, um dos grandes expoentes dessa concepção, afirma que o direito penal tem como missão proteger bens jurídicos, motivo pelo qual impõe consequências caso estes venham a ser lesionados. A aplicação de um castigo, entretanto, longe de resguardar o bem jurídico violado – o direito age tardiamente –, asseguraria “*la vigencia de los valores de acto ético-sociales de carácter positivo*”, finalidade, esta sim, precípua do direito penal. Inobservados, a partir de um atuar externo, valores jurídicos fundamentais, a imposição de uma pena garantiria sua vigência inquebrantável⁶² e, como decorrência mediata, uma proteção mais profunda e enérgica dos bens jurídicos⁶³.

Consoante essa corrente, a introjeção das pautas éticas dependeria da criminalização secundária, de modo que, admitindo – e deve-se admitir – sua excepcionalidade, a função da pena restaria aniquilada. A vertente simbólica da prevenção geral positiva, pondo

⁶¹ CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito penal a marteladas**: algo sobre Nietzsche e o direito. 1. ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 81-82.

⁶² WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**: parte general. 11. ed. 4. ed. castellana. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. p. 2-3.

⁶³ *Op. cit.*, p. 4.

em revelo a certeza pelo público da afirmação do valor – e não a afirmação do valor em si –, corrige o equívoco da linha instrumental, substituindo o apego estatístico pela capacidade de normatizar. Zaffaroni esclarece, todavia, que o arrefecimento dos valores ético-sociais está muito mais vinculado à redução do controle jurídico e consequente descontrole do sistema penal⁶⁴.

A proposta eticizante peca, ainda, consoante o penalista argentino, por confiar num poder de vigilância imenso e corrupto, inábil à defesa de valores éticos fundamentais, cujo fortalecimento dependeria de sua contenção; e por supor como elemento comum a qualquer delito a afronta a valores ético-sociais basilares, o que se revela absolutamente anacrônico e incompatível com as complexas sociedades modernas⁶⁵, que superaram o estágio pretérito de indiferenciação ética⁶⁶.

Mais que uma crença ilógica numa coesão social, a percepção do Estado como gerador de valores, numa sociedade plural e pretensamente democrática, confunde direito e moral⁶⁷ e constitui indisfarçável ditadura ética. Não bastasse o totalitarismo axiológico, o enaltecimento de valores, posto nestes termos, torna perigosamente

⁶⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al.* **Direito penal brasileiro**: primeiro volume – teoria geral do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 4ª edição, maio de 2011. p. 124.

⁶⁵ *Op. cit.*, p. 125.

⁶⁶ ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito**: uma crítica à verdade na ética e na ciência. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 214.

⁶⁷ GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. **Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 309.

sombrio o futuro do princípio da lesividade, abrindo caminho para eventual penalização por uma vida desobediente ao Estado⁶⁸.

3.2.2. Viés simbólico: afirmando a vigência da norma.

A prevenção geral positiva, contudo, modernamente assume contornos muito mais simbólicos, voltados a uma função sistêmica de revalidação das normas, que tendente à efetiva proteção de bens jurídicos. O cerne da teoria reside em restabelecer a confiança institucional no ordenamento, fazendo frente ao abalo ocasionado pelo ato infracional⁶⁹.

Para tanto, é indiferente que haja redução das taxas delitivas, por se tratar de confirmação simbólica e não empírica dos valores selecionados pelo ordenamento, de modo que a proteção de bens jurídicos não mais constitui a missão primordial das normas penais. Há um visível rechaço da concepção eticizante nos moldes anteriores, posto que não se pretende, via direito penal, impor uma moral dominante (com potencial preventivo), mas tão somente representá-la simbolicamente⁷⁰.

Desafiada, pois, a lógica segundo a qual a finalidade mediata de qualquer doutrina instrumental seria a defesa da sociedade⁷¹, fazendo surgir o seguinte questionamento: o que a teoria da prevenção geral positiva teria de preventiva? O mínimo apego semântico desautoriza a terminologia empregada.

⁶⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al.* **Direito penal brasileiro**: primeiro volume – teoria geral do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 4ª edição, maio de 2011. p. 125.

⁶⁹ BARATTA, Alessandro. **Funções instrumentais e simbólicas do direito penal**: lineamentos de uma teoria do bem jurídico. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 2, n. 5, p.5-24, jan./mar. 1994. p. 21.

⁷⁰ *Op. cit.*, p. 21-22.

⁷¹ *Op. cit.*, p. 18.

O ponto de contato entre a “prevenção” geral positiva e a lógica hegeliana é escancarado. É que Hegel trata da imposição de um mal – a pena – como apta a negar uma aparente anulação do direito. Como negação da negação, a pena reafirmaria o ordenamento violado⁷².

Não por outro motivo, Élio Morselli reconhece, na corrente em análise, um neoretribucionismo camuflado, vez que os efeitos anunciados são consequências naturais das teorias absolutas clássicas, que conceberam, sim, a pena como mecanismo capaz de reforçar os sentimentos de fidelidade ao ordenamento. Para o autor, até se pode reconhecer um resultado preventivo, porém como “*efeito induzido da retribuição: efeito negativo de aflição e efeito positivo sobre o sentimento coletivo de justiça*”⁷³.

Feita a devida ressalva, tratemos do tema a partir da (equivocada) nomenclatura usual.

O fracasso da tutela real de bens jurídicos cria uma demanda por um mecanismo compensatório simbólico, sem qualquer baldrame na realidade, qual seja, uma ilusão de segurança, atrelada a uma fé no ordenamento e nas instituições⁷⁴. “*Cada vez mais os sistemas punitivos executam e os políticos perseguem funções simbólicas, enquanto declaram cumprir funções instrumentais*”⁷⁵.

⁷² BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008. 282 p.

⁷³ MORSELLI, Elio. **A função da pena à luz da moderna criminologia**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 5, n. 19, p.39-46, jul./set. 1997. p. 44.

⁷⁴ BARATTA, Alessandro. **Funções instrumentais e simbólicas do direito penal**: lineamentos de uma teoria do bem jurídico. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 2, n. 5, p.5-24, jan./mar. 1994. p. 22.

⁷⁵ *Op. cit.*

E o simbolismo empregado sequer depende de uma realidade conflitiva que lhe serviria de mola propulsora; configura-se, sim, o caminho inverso, de modo que

“não é tanto a função instrumental da pena que serve para resolver determinados problemas e conflitos, são determinados problemas e conflitos que ao atingirem um certo grau de interesse e de alarme social no público se convertem num pretexto para uma ação política destinada a obter não tanto funções instrumentais específicas, mas sim uma outra função de caráter geral: a obtenção do consenso buscado pelos políticos na chamada ‘opinião pública’”.⁷⁶

Do ponto de vista ético, a corrente em apreço, assim como sua versão negativa, legitima uma dessubjetivação (e objetificação) do cidadão, agora instrumento, cuja centralidade é descartada em prol do sistema⁷⁷. E a ferrenha proteção dos valores essenciais ao sistema acarreta, com frequência, a desmesurada (e descarada) supressão de direitos e garantias individuais – do apenado, claro! –, “*em nome da prioridade do interesse social, coincidentemente representados pelos valores abnegadamente defendidos pelo sistema de poder assente através da prevenção geral positiva*”⁷⁸.

No que tange à sua eficácia, padece, igualmente, de flagrante inverificabilidade⁷⁹, o que se extrai, dentre outros motivos, da excepcionalidade da criminalização secundária⁸⁰, isto é, da cifra oculta – ou se admite que as infrações desconhecidas não produzem

⁷⁶ *Op. cit.*, p. 23.

⁷⁷ KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias**. Niterói, RJ: Luam, 1991. p. 175.

⁷⁸ GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. **Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 306.

⁷⁹ *Op. cit.*, p. 304.

⁸⁰ *Op. cit.*, p. 310.

desarranjo social nem ameaça à sua integridade e/ou estabilidade⁸¹; ou se escancara a prescindibilidade desse viés preventivo. À dificuldade em se “*produzir confiança através de mecanismos que só funcionam excepcionalmente!*”, soma-se a reflexão quanto à viabilidade de se exercitar “*confiança em meio a uma operatividade que beira o caos*”⁸².

Zaffaroni chama atenção, ainda, retomando crítica aplicável à prevenção geral negativa, para as consequências sociais desastrosas da lógica em comento: a permanência ou crescimento dos conflitos, embora ligada a fatores estruturais, implicará exasperação das reprimendas, fruto da crença ingênua na produção artificial de consenso⁸³. E a fixação da pena *in concreto*, aqui voltada a reafirmar a vigência da norma e não mais à justa retribuição, perde seu mais importante referencial limitativo: vai a óbito a culpabilidade ligada ao fato⁸⁴.

2.3. Prevenção especial negativa: inocuizando o inimigo.

Consoante a corrente em apreço, a pena tem por finalidade tornar o condenado inapto à prática de novos delitos, isto é, neutralizá-lo⁸⁵, desestruturando sua potência e minando qualquer possibilidade de rebelião ou resistência⁸⁶. A legislação brasileira não

⁸¹ KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias**. Niterói, RJ: Luam, 1991. p. 179.

⁸² GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. *Op. cit.*, p. 310-311.

⁸³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al.* **Direito penal brasileiro**: primeiro volume – teoria geral do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 4ª edição, maio de 2011.

⁸⁴ GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. *Op. cit.*, p. 312.

⁸⁵ BARATTA, Alessandro. **Funções instrumentais e simbólicas do direito penal**: lineamentos de uma teoria do bem jurídico. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 2, n. 5, p.5-24, jan./mar. 1994. p. 19.

⁸⁶ BRAGA, Ana Gabriela Mendes. *Reintegração social e as funções da pena na contemporaneidade*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 22, n. 107, p.339-356, mar./abr. 2014. p. 344.

legítima penas perpétuas, de morte ou intervenções cirúrgicas, optando por conjugar com a inocuidade um falacioso caráter altruísta, isto é, a ressocialização. Como consequência, a neutralização é temporária, não se permitindo – em tese – a completa eliminação do indivíduo.

A ideia de neutralização ganhou força com o advento do positivismo criminológico, que, ao invés de perceber o delito apenas como uma lesão jurídica, concebe-o como “*sintoma de uma inferioridade moral, biológica ou psicológica*”, de modo que o fato é o mero ponto de partida ao diagnóstico de uma anormalidade pecaminosa e reprovável inerente ao infrator⁸⁷. A lógica periculosista consiste, como se vê, em expressão máxima da defesa social e de um direito penal do autor, visto aqui como peça defeituosa a ser eliminada⁸⁸ e, no caso brasileiro, concomitantemente “tratada”.

O mal para a pessoa se legitima na medida em que constitui um bem para a sociedade, o que revela uma concepção “*organicista da sociedade, que é o verdadeiro objeto de atenção, pois as pessoas não passam de meras células que, quando defeituosas ou incorrigíveis, devem ser eliminadas*”⁸⁹.

Ganha expressão, ainda, a ideia de prevenção especial negativa, na medida em que, ante a configuração socioeconômica da pós-modernidade, perdem sentido as ideologias “res”. É que os baixos estratos sociais deixam de desempenhar papel central no processo produtivo e, diante do consequente desemprego e excessiva mão-de-

⁸⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al.* **Direito penal brasileiro**: primeiro volume – teoria geral do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 4ª edição, maio de 2011. p. 131-132.

⁸⁸ *Op. cit.*, p. 132.

⁸⁹ *Op. cit.*, p. 128.

obra, o projeto de disciplinamento tendente à reinserção na ética do trabalho torna-se dispensável⁹⁰.

No que diz respeito à sua eficácia, diferente das demais funções preventivas, prevalece entendimento no sentido de sua irrefutabilidade, não sendo considerada, portanto, falsa nem incomprovável⁹¹. Há, contudo, sinais de fragilidade, vez que a obviedade dos efeitos imediatos pretendidos não se estende à consecução da finalidade mediata⁹² – a defesa de bens jurídicos e da sociedade, já se esclareceu, é a função útil mediata da pena em qualquer teoria instrumental⁹³.

Deve-se considerar, ainda, a seletividade com que atua o sistema penal, que tem como regra, sabe-se, a impunidade. A expressiva cifra negra põe em debate se o percentual de infratores neutralizados pela (in?)justiça criminal é significativo ao ponto de compensar os custos sociais da sua intervenção⁹⁴. Demais disso, sendo a neutralização limitada no tempo, não se pode deixar de considerar que, vivido o transtorno da experiência carcerária, haverá um retorno ao convívio social – ignorar a efemeridade da constrição implica

⁹⁰ BRAGA, Ana Gabriela Mendes. *Reintegração social e as funções da pena na contemporaneidade*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 22, n. 107, p.339-356, mar./abr. 2014. p. 343-344.

⁹¹ BARATTA, Alessandro. **Funções instrumentais e simbólicas do direito penal**: lineamentos de uma teoria do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 2, n. 5, p.5-24, jan./mar. 1994. p. 18.

⁹² BARATTA, Alessandro. **Funções instrumentais e simbólicas do direito penal**: lineamentos de uma teoria do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 2, n. 5, p.5-24, jan./mar. 1994. p. 19.

⁹³ *Op. cit.*, p. 18.

⁹⁴ *Op. cit.*, p. 19.

perpetuar o equívoco de se combater as consequências e nunca as causas⁹⁵.

Ainda no plano da efetividade, chamam atenção os efeitos deletérios, físicos e psicológicos, provocados pelo cárcere, fruto de um sofrimento futuramente exteriorizado, com frequência, na forma de reincidência⁹⁶. Assim, a consecução da finalidade imediata – inocuização –, inocuiza não apenas o infrator, mas, junto com ele, a função útil mediata da pena, qual seja, a (fantasiosa) proteção dos bens jurídicos.

Não bastasse o prognóstico sombrio da fase pós-neutralização, a ineficácia da prevenção especial negativa, embora objeto de aparente consenso doutrinário, é, sim, facilmente refutável. Isso porque, conforme aponta Amilton Bueno de Carvalho, a realidade brasileira comporta uma infinidade de delitos intramuros e, do local, comanda-se também a prática externa de infrações, pelo que “*parece que o Estado, via punição, seria um grande organizador do comando da criminalidade: os pensadores do crime ficam reunidos permanentemente nos presídios*”⁹⁷.

Do ponto de vista axiológico, o equívoco mais evidente, próprio das teorias relativas, consiste na imposição de sofrimento a partir de razões instrumentais, negando a qualidade de pessoa humana e objetificando o sujeito⁹⁸ – que sujeito só é no sentido de sujeitar-se. Essa dificuldade deu ensejo, nos Estados Unidos, ao retorno da concepção retributiva, vez que “o

⁹⁵ GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. **Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 179.

⁹⁶ *Op. cit.*, p. 180-181.

⁹⁷ CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito penal a marteladas: algo sobre Nietzsche e o direito**. 1. ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 98.

⁹⁸ BARATTA, Alessandro. **Funções instrumentais e simbólicas do direito penal: lineamentos de uma teoria do bem jurídico**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 2, n. 5, p.5-24, jan./mar. 1994. p. 20.

*princípio metafísico da justiça é uma espécie de compensação do pragmatismo cínico que caracteriza a teoria da prevenção especial negativa*⁹⁹. Conjugadas com o neoretribucionismo, as teorias relativas, longe de fortalecidas, são expostas em suas fragilidades¹⁰⁰.

Dando continuidade às objeções de ordem valorativa, aponta-se o indisfarçável maniqueísmo na forma de se perceber as pessoas, subdivididas grosseiramente em boas – nós – e más – o criminoso, o outro¹⁰¹. E é esse, precisamente, o alicerce da lógica periculosista, que enxerga na sublimação dos “maus” um caminho inevitável à proteção dos “bons”, pouco importando, para tanto, que a defesa social dependa de um juízo voltado ao inexistente: o futuro.

Roberto Lyra, em meados do século XX, já denunciava o equívoco:

“A lacuna consistiria em desconhecer o sentimento de justiça que exige se tenha em conta, no julgamento, **a falta cometida e não a falta a cometer**. Visando à defesa social no futuro, só se toma em consideração o delito cometido como critério de probabilidade de reprodução”.¹⁰²

A prevenção especial negativa carrega, ainda, consigo o vício insanável de legitimar um castigo desproporcional, já que baseado num prognóstico futurista quanto à reiteração delitiva, o que

⁹⁹ *Op. cit.*

¹⁰⁰ *Op. cit.*

¹⁰¹ KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias**. Niterói, RJ: Luam, 1991. p. 204.

¹⁰² LYRA, Roberto. **Comentários ao código penal**. V. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955. p. 587.

representa, em última análise, a imposição de um castigo por um delito que ainda não se cometeu¹⁰³.

O passado, nesse contexto, serve apenas de mola propulsora à análise arbitrária do sujeito, funcionando como mero aporte legitimante à ingerência no futuro, que, embora imprevisível, aberto e indeterminado, passa a ser objeto de uma pseudotutela por parte do Poder Judiciário, concretizada a partir de verdadeiros *periculosômetros*¹⁰⁴.

Ferrajoli denuncia a “monstruosidade jurídica” de se recorrer a uma predição arbitrária, sem qualquer apego a parâmetro válido, no intuito de se aferir uma (pretensa) periculosidade¹⁰⁵, que, uma vez alcançada, ou 1) não se sabe como se alcançou; ou 2) assentou-se em critério(s) inidôneo(s). Não bastasse a irrefragável afronta à presunção de inocência, confere-se um cheque em branco aos ~~justiçeiros~~ magistrados, com poder ilimitado e incontrolável, o que colide frontalmente com um modelo penal garantidor¹⁰⁶. Há, pois, flagrante antagonismo entre os fins de neutralização e os fins atribuídos a um Estado Constitucional de Direito.

O psicologismo não diplomado e/ou futurista, que enxerga no fato um pretexto ao desenfreado exercício do achismo institucionalizado, tampouco resiste a um cálculo simples, qual seja, o dos custos prisionais, não justificáveis ante

“o inseguro e mirabolante possível resultado que gerasse ganhos: como saber se, em liberdade, determinado

¹⁰³ GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. **Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 176.

¹⁰⁴ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 10. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 853.

¹⁰⁵ CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 138.

¹⁰⁶ *Op. cit.*

cidadão que tenha cometido um ilícito penal estaria ou não a praticar novos crimes? Exercício fantástico de futurologia – sim os gênios da segurança tem esse poder”¹⁰⁷.

Despiciendo dizer que, no Brasil, o deplorável quadro carcerário, marcado por masmorras medievais e campos de concentração onde se morre sem perder a vida, torna absolutamente ilegítimo, *in concreto*, o fim neutralizador – “a *inocuidade é o procedimento rotineiro do holocausto nosso de cada dia*”¹⁰⁸. Qualquer tentativa de validar o sofrimento impingido, que extrapola – e muito! – a autorização para restrição da liberdade e só dela, equivale a escantear, despudoradamente, a dignidade da pessoa humana.

2.4. Prevenção especial positiva: ressocializar segregando.

Na perspectiva de um bem não apenas para a sociedade, mas, inclusive, ao “delinquente”, a pena dirige-se à sua emenda/correção, seguindo a lógica terapêutica melhoradora da doutrina positivista. O criminoso, enquanto parte da sociedade e do Estado, não pode ser objeto de desistência, o que, originalmente, se vincula muito mais a um direito canônico do que propriamente a um direito laico¹⁰⁹.

O direito penal setecentista pouco enalteceu a ideia de emenda, enfrentada muito mais como um dever do delinquente que como uma diretriz para a benevolência estatal. A preocupação do

¹⁰⁷ CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito penal a marteladas**: algo sobre Nietzsche e o direito. 1. ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 98.

¹⁰⁸ ROSA, Alexandre Morais da; KHALED JR., Salah Hassan. **In dubio pro hell**: profanando o sistema penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 98.

¹⁰⁹ ALVES, Sílvia. **Punir e humanizar**: o direito penal setecentista. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. Fundação para a Ciência e a Tecnologia, 2014. p. 36-37.

Estado cinge-se, pois, às providências a serem tomadas quando falha o criminoso no processo de aperfeiçoamento moral¹¹⁰.

A ideia de prevenção especial positiva, mais que qualquer outra, romantiza a experiência carcerária, que, segundo Carnelutti, teria como finalidade “*hacerlo [criminoso] ser lo que no es pero debe ser. Es, en efecto, un enriquecimiento del ser del individuo, incluso el verdadero y único enriquecimiento de su ser, el acrescentamiento de su capacidad de amar*”¹¹¹.

Em síntese, a pena cumpriria sua função imediata transformando o culpado, tornando-o capaz de uma vida sem delitos e, por conseguinte, em liberdade e ressocializado¹¹². Renova-se, aqui, os discursos de Lombroso, Ferri e Garofalo, percebendo-se o crime como “*violação da natureza operada por indivíduos identificados pela sua estética pré-civilizada*” e, mais que isso, “*a um passado de periculosidade, confere-se um futuro: a recuperação*”¹¹³.

A lógica maniqueísta do melhoramento é escancarada. Aos bons, sadios e cultuadores da lei contrapõem-se os desviantes disfuncionais, para os quais, num Estado (pseudo)altruisticamente voltado ao indivíduo defeituoso, está reservada a medida profilática por excelência: a pena¹¹⁴.

¹¹⁰ ALVES, Sílvia. **Punir e humanizar**: o direito penal setecentista. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. Fundação para a Ciência e a Tecnologia, 2014. p. 37.

¹¹¹ CARNELUTTI, Francesco. **Derecho procesal civil y penal**: principios del proceso penal. Buenos Aires: EJE, 1971. Volume II. p. 8-9.

¹¹² BARATTA, Alessandro. **Funções instrumentais e simbólicas do direito penal**: lineamentos de uma teoria do bem jurídico. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 2, n. 5, p.5-24, jan./mar. 1994. p. 18.

¹¹³ CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 129.

¹¹⁴ *Op. cit.*

A ideia de ressocialização é própria de um direito penal do autor, para o qual o fato é tão somente um ponto de partida à análise personalista e moralizante de um “ser” e não de um “agir” – perspectiva policlesca que não convive com a noção de Estado (efetivamente) de Direito. Busca-se, no crime, um pretexto para se estabelecer uma gama de critérios subjetivos como caminho para uma dessubjetivação¹¹⁵ prevencionista travestida de humanitária.

O esforço empreendido no sentido de legitimar a experiência carcerária, apontando a segregação tal qual um ato de generosidade estatal perante o sujeito desviante, equivale à nova roupagem, aparentemente democrática, do maniqueísmo positivista – busca-se, em última análise, a neutralização dissimuladamente gentil e paternal do indivíduo defeituoso.

Falha, portanto, a doutrina da prevenção especial positiva, ao pretender “*justificar as práticas punitivas sob a perspectiva do falso humanismo representado pelo discurso ressocializador*”¹¹⁶ e moralizador, que impõe a adesão a concepções éticas e valores¹¹⁷ inespecíficos, numa espécie de escatologia axiológica em razão da qual se caminha rumo a um destino final óbvio que não se sabe qual é.

¹¹⁵ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Humanizar as penas. Eles não sabem o que fazem?** Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/humanizar-as-penas-eles-nao-sabem-o-que-fazem-por-alexandre-morais-da-rosa/>>. Acesso em: 25 abril 2015.

¹¹⁶ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 133.

¹¹⁷ GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. **Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 221.

A ressocialização, destarte, perceptivelmente não dispõe de qualquer delimitação significativa¹¹⁸, havendo, segundo Hassemer, uma clara ausência de acordo quanto ao conteúdo da meta socialização/ressocialização¹¹⁹. Escanteando a multiplicidade cultural, presume-se impresumível uniformidade de interesses no corpo social, numa versão sequer à la carte, mas sim “menu confiança” da vontade geral rousseauniana.

Não fosse o bastante, é posta em prática por meio de segregação¹²⁰, o que – e reconhecer isso depende de um mínimo raciocínio lógico¹²¹ – desborda o nível de incongruência que uma teoria pode suportar. (Res)socialização na sociedade alheia à sociedade ou (res?)socialização intramuros com os (supostos) dessocializados? Houve socialização anterior? Se sim, em que grupo social? É possível se readaptar a um grupo ao qual o cidadão jamais se adaptou? Conforme leciona Zaffaroni, “*pretender enseñarle a un hombre a vivir en sociedad mediante el encierro es, como dice Carlos Elbert, algo tan absurdo como pretender entrenar a alguien para jugar futbol dentro de um ascensor*”¹²².

Ainda que se pudesse delimitar uma gama de valores a serem perseguidos, a intervenção transformadora eticizante seria incompatível com os direitos e garantias fundamentais¹²³. É que a

¹¹⁸ *Op. cit.*, p. 220.

¹¹⁹ HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 1984. p. 355.

¹²⁰ GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. *Op. cit.*, p. 229.

¹²¹ KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias**. Niterói, RJ: Luam, 1991. p. 177.

¹²² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **El sistema penal en los países de américa latina**. In: Sistema penal para o terceiro milênio. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 223.

¹²³ CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 139.

pretensa humanização, em nome do Bem e do Justo, faz do sujeito um objeto de conhecimento científico, dessubjetivado, categorizado, normatizado, “*enfim, morto em sua subjetividade. A palavra de ordem passa a ser a de ‘ortopedia moral’, do pastoreiro e da salvação*”¹²⁴.

A crítica parte, portanto, do pressuposto de que “*o sujeito pode ser do jeito que quiser e o Estado Democrático de Direito (...) não pode querer que a pena ou o processo penal o tornem melhor, nem pior*”, sob pena de se sacrificar o primado da tolerância, próprio dos Estados Laicos, e de se empreender uma cruzada pela salvação moral inconciliável com a democracia¹²⁵.

Mais que a dessubjetivação totalitária pela imposição de uma moral, o equívoco reside na incoerência quanto aos meios empregados. Conforme Carrara, “*seduce los ánimos la perspectiva de un mejoramiento de la humanidad, pero cuando para alcanzar este fin se emplean medios violentos, sin que lo necesite la defensa ajena, la aparente filantropía degenera en un inicuo despotismo*”¹²⁶. Em sentido semelhante, Ferrajoli denuncia o despotismo de se arrogar “*funções pedagógicas ou propagandísticas como instrumento de estigmatização e sancionamento moral*”¹²⁷.

¹²⁴ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Humanizar as penas. Eles não sabem o que fazem?** Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/humanizar-as-penas-eles-nao-sabem-o-que-fazem-por-alexandre-morais-da-rosa/>>. Acesso em: 25 abril 2015.

¹²⁵ *Op. cit.*

¹²⁶ CARRARA, Francesco. **Programa de derecho criminal**: parte general. Bogotá/Buenos Aires: Temis/Depalma, 1996. Volume II. p. 64.

¹²⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Il Problema Morale e il Ruogo della Legge**, in *Critica Marxista* (03). Roma, 1995, maggio/giugno. 44 p. *apud* CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 140.

A essa dificuldade, soma-se a reserva ideológica quanto à utilização, para fins de fixação da pena, de critérios subjetivos em prejuízo do réu – a “necessidade terapêutica” não significa que o criminoso será “poupado”, ensejando, sim, maior severidade da reprimenda¹²⁸ –, sobretudo aqueles de fundo periculosista, insuscetíveis de constatação empírica e aparentemente humanizados pela lógica da prevenção especial positiva.

É o caso, por exemplo, da tão invocada “personalidade voltada para o crime”, cuja reparação é apontada como nobre intento da segregação filantrópica e que, além de colidir com a presunção de inocência¹²⁹, demanda, para dizer o mínimo, “*certo exercício de futurologia pseudamente científico*”¹³⁰.

Prevalece, enfim, como fruto de uma pseudogentileza integradora, um furor punitivo generalizado, em razão do qual se julga o indivíduo pelo que (se acha que ele) é e se recorre a um pretexto moralizante para o incremento da reprimenda, fortalecendo a crença hipócrita e maniqueísta na possibilidade de separação entre “nós” e “eles”, os “bons” e os “maus”¹³¹.

Além de axiologicamente questionável, o prevencionismo terapêutico esbarra em óbice fático revelador de seu autismo: a mais absoluta falta de suporte empírico que lhe ofereça respaldo.

Não bastasse a superlotação carcerária e os prejuízos naturais que dela decorrem, o que se observa é um ambiente insalubre,

¹²⁸ ALVES, Sílvia. **Punir e humanizar**: o direito penal setecentista. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. Fundação para a Ciência e a Tecnologia, 2014.

¹²⁹ CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 136.

¹³⁰ *Op. cit.*, p. 135.

¹³¹ LYRA, Roberto. **O tribunal do júri, avanços e perspectivas**. In: II Congresso Internacional de Ciências Criminais e Democracia, 2011, Recife.

marcado pela extrema ociosidade e por um consumo abusivo de drogas, propício à disseminação de doenças e, o mais importante, um espaço fértil ao desenvolvimento da corrupção, da violência institucional e, claro, das organizações criminosas¹³², com atuações que extrapolam os muros dos estabelecimentos prisionais.

Isso porque autoritarismo e opressão, naturalmente presentes na sociedade, são potencializados a níveis extremos, tanto na relação agente-presos, como entre os próprios encarcerados¹³³. Assim, a criação de grupos para assumir o controle interno dos presídios, visando a suprir a incapacidade do Estado de dominar a situação, tem consequências gravíssimas, na medida em que viabiliza uma influência extraterritorial. O encarceramento no Brasil está, portanto, produzindo uma espiral de criminalidade¹³⁴.

Mais que isso: o altíssimo nível de reincidência escancara a falência da solução punitiva, evidenciando que a pena anterior, ao invés de contê-la, reforçou a motivação contrária à norma. Revelou-se, por conseguinte, contraproducente e criminalizante, sendo paradoxal a insistência na política de encarceramento¹³⁵.

*“Nosso sistema penitenciário flerta abertamente com o holocausto e comemora uma catástrofe contínua”*¹³⁶, o que escancara, *in concreto*, o caráter mitológico dos fins ressocializadores.

¹³² BESTETTI DE VASCONCELOS, Fernanda. **A prisão preventiva como mecanismo de controle e legitimação do campo jurídico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 68.

¹³³ KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias**. Niterói, RJ: Luam, 1991. p. 183.

¹³⁴ SHECAIRA, Sérgio. **Política criminal e carcerária na pós-modernidade**. In: II Congresso Internacional de Ciências Criminais e Democracia, Recife, 2011.

¹³⁵ KARAM, Maria Lúcia. *Op. cit.*, p. 188.

¹³⁶ ROSA, Alexandre Morais da; KHALED JR., Salah Hassan. **In dubio pro hell**: profanando o sistema penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 96-97.

Incorporada a (fantasiosa) noção de prevenção positiva, confere-se aparente racionalidade à tendência neutralizadora, decorrente da promessa de uma adaptação futura – a ressocialização. Essa suposta roupagem humanitária, entretanto, associada à finalidade moralmente reparadora levada a cabo pela “*bondade dos bons*”¹³⁷, ao invés de fortificar a tarefa dogmática de erigir uma barreira ao poder punitivo, dá ares de legitimidade (e benevolência!) à violência institucionalizada, maximizando sua incidência e negando sua natureza essencialmente política, isto é, “*de ato de força estatal, como se declaração de guerra fosse*”¹³⁸.

TEORIAS NEGATIVAS E A CONTENÇÃO DO PODER PUNITIVO, LIDANDO COM AS “PENAS PERDIDAS”: UMA APRECIACÃO CONCLUSIVA

A perspectiva funcionalizante, conforme minuciosamente demonstrado, não se sustenta. A Constituição Federal, destoando, por exemplo, dos modelos italiano e espanhol, não adotou qualquer discurso legitimador da pena, dispondo, tão somente, sobre formas de sanção e limites punitivos. Assume, assim, uma “*perspectiva absenteísta sobre os discursos de justificação*”¹³⁹, superando as

¹³⁷ ROSA, Alexandre Morais da. **Humanizar as penas. Eles não sabem o que fazem?** Disponível em: <<http://emporiiodireito.com.br/humanizar-as-penas-eles-nao-sabem-o-que-fazem-por-alexandre-morais-da-rosa/>>. Acesso em: 25 abril 2015.

¹³⁸ ROSA, Alexandre Morais da; KHALED JR., Salah H.. **Canalhas: uni-vos. A filosofia de Pangloss no Direito Penal é vitoriosa?** Disponível em: <<http://emporiiodireito.com.br/canalhas-uni-vos-a-filosofia-de-pangloss-no-direito-penal-e-vitoriosa-salah-khaled-jr-e-alexandre-morais-da-rosa/>>. Acesso em: 22 abril 2015.

¹³⁹ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 141.

finalidades históricas das penas e aderindo a uma política punitiva de redução de danos¹⁴⁰.

Doutrinariamente, a adoção de uma perspectiva negativa surge do fracasso das teorias positivas, por indicarem funções falsas ou não generalizáveis, e da impossibilidade de se tomar por base as funções latentes – múltiplas e inalcançáveis em sua totalidade. O conceito de pena é negativo em razão da ausência de alusão a funções positivas e, ainda, em virtude da forma pela qual é alcançado: por exclusão. Nos dizeres de Zaffaroni, “*é agnóstico quanto à sua função, pois confessa não conhecê-la*”¹⁴¹.

O conflito, por meio da aplicação da pena, é confiscado pelo Estado, que retira do ofendido sua condição de parte e, por conseguinte, inviabiliza uma efetiva solução. A irracionalidade de se escantear a vítima e de se optar pelo modelo punitivo em detrimento da solução abriu caminho para uma infinidade de teorias funcionalizantes, que, no último século, pretenderam legitimar, com abordagens diversas, um sistema que opera, essencialmente, nos mesmos termos. A pena, “*como sofrimento órfão de racionalidade, há vários séculos procura um sentido e não o encontra, simplesmente porque não tem sentido a não ser como manifestação de poder*”¹⁴².

Legitimar o poder punitivo por meio de discursos que lhe atribuam uma função positiva representa, simultaneamente, a legitimação (e ampliação) do **estado de polícia**, cujo agigantamento sufoca o **estado de direito**. Desequilibra-se, assim, a inevitável

¹⁴⁰ *Op. cit.*

¹⁴¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al.* **Direito penal brasileiro**: primeiro volume – teoria geral do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 4ª edição, maio de 2011. p. 98-99.

¹⁴² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 1991, 5 ed., 2001. p. 203-204.

convivência entre os referidos modelos ideais, alterando a proporção dos ingredientes¹⁴³ e estampando uma faceta essencialmente policialesca.

É que a racionalização da pena, longe de fazê-la cumprir os fins altruístas aos quais supostamente se propõe, potencializa, a partir da legitimação do ilegítimo, sua aplicabilidade, dando margem às intervenções violentas dos “melhoradores da humanidade” e comprometendo a função redutora de danos própria do direito penal e processual penal¹⁴⁴. Parte-se, assim de uma perspectiva negativa em torno da resposta penal, concebida como um fato político cuja positivação a partir de discursos funcionalizantes contribui para expandir o estado de polícia ao invés de contê-lo¹⁴⁵.

A desnecessidade de um discurso justificante se torna perceptível com a correção de um equívoco corriqueiro: “*a legitimação produzida pela dogmática é direcionada ao poder do juiz e não ao poder de punir*”¹⁴⁶, o que não implica relegitimação do sistema penal¹⁴⁷.

Admitindo a irracionalidade do poder punitivo e sua existência como fato de poder, os magistrados se desapegariam de uma função que não lhes é própria – promover a segurança pública – e exerceriam o nobre – e, este sim, legítimo! – papel de contenção,

¹⁴³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al.* **Direito penal brasileiro**: primeiro volume – teoria geral do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 4ª edição, maio de 2011. p. 95.

¹⁴⁴ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 145-146.

¹⁴⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al.* *Op. cit.*, p. 98.

¹⁴⁶ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 142.

¹⁴⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 1991, 5 ed., 2001. p. 196.

contrapondo-se às agências do sistema penal, mitigando sua violência¹⁴⁸, preservando o estado de direito e impedindo os massacres históricos praticados em nome da defesa social¹⁴⁹. Inexiste, pois, qualquer contradição entre orientar o poder dos juristas a uma atuação legítima e o reconhecimento de que o sistema penal é deslegitimado¹⁵⁰.

Superada a pretensão legitimante, a pena passa a despir-se de qualquer fim nobre – é irracional precisamente por sua inabilidade para a solução de conflitos, o que lhe distingue das demais sanções jurídicas¹⁵¹ –, sendo percebida em sua natureza política, como manifestação concreta de poder¹⁵². Um discurso jurídico-penal nada mais é do que um projeto de poder, pelo que todo conceito jurídico é, igualmente, um conceito político¹⁵³. Tal afirmativa, longe de pretender politizar o discurso jurídico-penal, tem por escopo torná-lo ciente de sua natureza¹⁵⁴, para que assuma, ante a constatação da irracionalidade punitiva, uma função redutora da violência.

Tobias Barreto, antecipando críticas posteriores, escancara a natureza política da pena – *“quem procura o fundamento da pena deve também procurar, se é que já não encontrou, o fundamento*

¹⁴⁸ *Op. cit.*, p. 198.

¹⁴⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos**: conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 404.

¹⁵⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 1991, 5 ed., 2001. p. 198.

¹⁵¹ *Op. cit.*

¹⁵² CARVALHO, Salo de. *Op. cit.*, p. 143.

¹⁵³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **En torno de la cuestión penal**. Montevideo – Buenos Aires: B de F, 2005. p. 74-75.

¹⁵⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 1991, 5 ed., 2001. p. 207.

*jurídico da guerra*¹⁵⁵. Zaffaroni, retomando a analogia, identifica as políticas punitivas com as estratégias de guerra, esta última compreendida como “*dato de la realidad, como um hecho político, como um hecho de poder*”¹⁵⁶. A guerra, como fato de poder deslegitimado, encontra no direito humanitário a legítima racionalização tendente a reduzir sua inevitável violência¹⁵⁷ – é função análoga, embora se desconheça, à que incumbe aos magistrados com atuação na esfera penal.

Tobias aponta, ainda, o equívoco de se considerar a pena como decorrência do direito, com um fundamento lógico¹⁵⁸, quando se trata, simplesmente, de realidade empírica “*e não um 'direito' inventado num mundo medido pelos delírios legislativos e doutrinários*”¹⁵⁹. Nem o direito condiciona racionalmente seu surgimento, nem se pode pretender que seja capaz de eliminá-la, pois “*os fatos de poder não desaparecem com os escritos dos juristas, uma vez que não estão sublinhados por sua legitimidade, mas, sim, por seu poder*”¹⁶⁰.

As correntes funcionalizantes, indisfarçavelmente, sobretudo as de lógica utilitarista, são próprias de um direito penal máximo,

¹⁵⁵ BARRETO, Tobias. **Fundamentos do direito de punir**. In: Revista dos Tribunais (727). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 650.

¹⁵⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Sentido y justificación de la pena**. In: Jornadas sobre Sistema Penitenciario y Derechos Humanos. FREIXAS, Eugenio & PIERINI, Alicia (dir.). Buenos Aires: Del Puerto, 1997. p. 38.

¹⁵⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1991, 5 ed., 2001. p. 197-198.

¹⁵⁸ BARRETO, Tobias. **Fundamentos do direito de punir**. In: Revista dos Tribunais (727). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 649-650.

¹⁵⁹ CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. 144 p.

¹⁶⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Op. cit.*, p. 195-196.

atendendo aos anseios dos (em tese) não desviantes e deixando de lado, a não ser por uma pseudopreocupação hipócrita, a perspectiva do apenado¹⁶¹.

Somente a percepção da pena como um fato de poder viabiliza a contração do poder punitivo, reduzindo seu âmbito de incidência¹⁶². Como se vê, Tobias Barreto já propunha, em pleno século XIX, um modelo de direito capaz de deslegitimar materialmente a atividade política da administração e, por conseguinte, impor-lhe limites formais¹⁶³. Busca-se, destarte, como via de superação da lógica justificacionista, uma “*concessão instrumental do direito penal liberada da ilusão de instrumentalidade da pena*”¹⁶⁴.

Enterra-se, com as teorias relativas, toda a falaciosa pretensão utilitarista de se promover um bem, qual seja, o mitológico estancamento da criminalidade. Desloca-se o debate dos fins (legitimação) para os meios (contenção), do “por que punir?” para o “como punir”, “*abrindo mão dos horizontes justificacionistas conducentes à celebração da barbárie nas práticas punitivas*”¹⁶⁵.

¹⁶¹ FERRAJOLI, Luigi. **Note Critiche ed Autocritiche intorno alla Discussione su Diritto e Ragione**, in *Le Ragioni del Garantismo: Discutendo com Luigi Ferrajoli*. GIANFORMAGGIO, Letizia. Torino: Giappichelli, 1993, 498 p. *apud* CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 142.

¹⁶² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Sentido y justificación de la pena**. In: *Jornadas sobre Sistema Penitenciario y Derechos Humanos*. FREIXAS, Eugenio & PIERINI, Alicia (dir.). Buenos Aires: Del Puerto, 1997. p. 41.

¹⁶³ CARVALHO, Salo de. *Op. cit.*, p. 145.

¹⁶⁴ BARATTA, Alessandro. **Funções instrumentais e simbólicas do direito penal**: lineamentos de uma teoria do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 2, n. 5, p.5-24, jan./mar. 1994. p. 24.

¹⁶⁵ ROSA, Alexandre Moraes da; KHALED JR., Salah Hassan. **In dubio pro hell**: profanando o sistema penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 102.

Amilton Bueno de Carvalho, denunciando o fracasso do modelo punitivo, aponta o vazio de propostas sólidas quanto a um paradigma distinto:

“Sabe-se, então, que a razão oficial e popularisca para a severa, rápida e exemplar punição (retórica pueril: destruição da sensação de impunidade) – o estancamento da criminalidade, o evitar a violência – não se sustenta; de outro lado, ainda não se sabe o que fazer com o dito homem criminoso; logo, repito, se está no insuportável grande vácuo, na linguagem nietzschiano, ou no momento de crise gramschiano; o velho morreu e o novo não nasceu ainda”¹⁶⁶.

As penas, entretanto, embora perdidas¹⁶⁷, são um dado de realidade inafastável, pouco importando para onde se caminha – se é que se caminha –, ou, numa concepção sisífica¹⁶⁸, que “mesmo” se espera que retorne. Inadiável, independentemente de qualquer expectativa quanto à reformulação do modelo decisório, que se lide, urgente e intransigentemente, com a potência destrutiva do sistema penal.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. – 2ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2006.

¹⁶⁶ CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito penal a marteladas**: algo sobre Nietzsche e o direito. 1. ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 97-98.

¹⁶⁷ Zaffaroni utiliza a expressão “penas perdidas” no sentido de carentes de racionalidade. Ver: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 1991, 5 ed., 2001. p. 12.

¹⁶⁸ ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. – 2ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2006. p. 196.

ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito**: uma crítica à verdade na ética e na ciência. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ALVES, Sílvia. **Punir e humanizar**: o direito penal setecentista. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. Fundação para a Ciência e a Tecnologia, 2014.

BARATTA, Alessandro. *Funções instrumentais e simbólicas do direito penal*: lineamentos de uma teoria do bem jurídico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 2, n. 5, p.5-24, jan./mar. 1994.

BARRETO, Tobias. **Fundamentos do direito de punir**. In: Revista dos Tribunais (727). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

BESTETTI DE VASCONCELOS, Fernanda. **A prisão preventiva como mecanismo de controle e legitimação do campo jurídico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BRAGA, Ana Gabriela Mendes. *Reintegração social e as funções da pena na contemporaneidade*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 22, n. 107, p.339-356, mar./abr. 2014.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

CARNELUTTI, Francesco. **Derecho procesal civil y penal**: principios del proceso penal. Buenos Aires: EJEJA, 1971. Volume II.

CARRARA, Francesco. **Programa de derecho criminal**: parte general. Bogotá/Buenos Aires: Temis/Depalma, 1996. Volume II.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito penal a marteladas**: algo sobre Nietzsche e o direito. 1. ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FABRICIUS, Dirk. **Lo que deja un derecho penal sin pena**. Revista de Derecho Penal, Buenos Aires, n. 2, p.69-97, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **Note Critiche ed Autocritiche intorno alla Discussione su Diritto e Ragione**, in Le Ragioni del Garantismo: Discutendo com Luigi Ferrajoli. GIANFORMAGGIO, Letizia. Torino: Giappichelli, 1993, 498 p. *apud* CARVALHO, Salo de. Pena e garantias. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FEUERBACH, Anselm von. **Tratado de Derecho Penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.

FEUERBACH, Anselm von. **Anti-Hobbes** (ovvero i limiti del potere supremo e il diritto coattivo dei cittadini contro il sovrano). Milano: Giuffrè, 1972. 104 p. *apud* CARVALHO, Salo de. Pena e garantias. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 1984.

KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias**. Niterói, RJ: Luam, 1991.

LYRA, Roberto. **Comentários ao código penal**. V. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955.

MORSELLI, Elio. **A função da pena à luz da moderna criminologia**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 5, n. 19, p.39-46, jul./set. 1997.

ROSA, Alexandre Morais da; KHALED JR., Salah H.. **Canalhas: uni-vos. A filosofia de Pangloss no Direito Penal é vitoriosa?** Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/canalhas-uni-vos-a-filosofia-de-pangloss-no-direito-penal-e-vitoriosa-salah-khaled-jr-e-alexandre-morais-da-rosa/>>. Acesso em: 22 abril 2015.

ROSA, Alexandre Morais da. **Humanizar as penas. Eles não sabem o que fazem?** Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/humanizar-as-penas-eles-nao->

sabem-o-que-fazem-por-alexandre-morais-da-rosa/>. Acesso em: 25 abril 2015.

ROSA, Alexandre Morais da; KHALED JR., Salah Hassan. **In dubio pro hell**: profanando o sistema penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SHECAIRA, Sérgio. **Política criminal e carcerária na pós-modernidade**. In: II Congresso Internacional de Ciências Criminais e Democracia, Recife, 2011.

VON LIZT, Franz. **La idea de fin en el derecho penal**. 1. ed. Valparaíso: Edeval, 1984. 1ª reimpressão. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1994.

WELZEL, Hans. **Derecho penal aleman**: parte general. 11. ed. 4. ed. castellana. Santiago: Editorial Juridica de Chile.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al.* **Direito penal brasileiro**: primeiro volume – teoria geral do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 4ª edição, maio de 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 1991, 5 ed., 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **En torno de la cuestión penal**. Montevideo – Buenos Aires: B de F, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos**: conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Sentido y justificación de la pena**. In: Jornadas sobre Sistema Penitenciario y Derechos Humanos. FREIXAS, Eugenio & PIERINI, Alicia (dir.). Buenos Aires: Del Puerto, 1997.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **El sistema penal en los países de américa latina**. In: Sistema penal para o terceiro milênio. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **El tiempo lineal, la pena y el secuestro de Dios**. In: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Apuntes sobre el pensamiento penal en el tiempo*. Buenos Aires: Hammurabi, 2007. 200 p., 13 cm. (Claves del derecho penal, 11). 45-75 p.