

## O MODELO MISTO DE LEGITIMAÇÃO DA PENA: CONTRADIÇÕES TEÓRICAS E A CONSTRICÇÃO DA POLÍTICA CRIMINAL A PARTIR DA CRÍTICA CRIMINOLÓGICA

### *THE MIXED MODEL OF PENAL LEGITIMACY: THEORETICAL CONTRADICTIONS AND THE CONSTRAINT OF CRIMINAL POLICY FROM THE PERSPECTIVE OF CRIMINOLOGICAL CRITIQUE*

Fabrizio Romão Thosi<sup>1</sup>

**RESUMO:** O presente trabalho insere-se no campo das investigações criminológicas acerca do instituto da pena privativa de liberdade pela via do cárcere, notadamente legitimadas a partir do Código Penal, em que há uma função preventiva, mas também ressocializadora atribuída à prisão. Nesse cenário, a pesquisa tem como ponto de parte a possível existência de uma incompatibilidade teórica na adoção de teorias preventivas e ressocializadoras pra legitimar o cárcere, tendo em vista a estrutura de pensamento que cada uma das correntes se pauta para explicar a ocorrência do delito, criando um cenário contraditório em relação à causa e resposta para a delinquência. Apoiando-se em um referencial teórico construído a partir da Criminologia Crítica, de modo a ser desenvolvida uma pesquisa de caráter teórico, a presente investigação teve como pergunta-problema a seguinte indagação: em que medida a conciliação de teorias preventivas e ressocializadoras, do ponto de vista criminológico, representam uma contradição e, mais do que isso, legitimam um direito penal estritamente repressivo? Ao final, a pesquisa concluiu pela estrita correspondência da teoria mista da pena com postulados punitivistas propagados a partir de falsas correlações, bem como um uso irrestrita de um falso ideal de ressocialização como legitimador do cárcere.

**Palavras-chave:** Cárcere. Ressocialização. Teoria mista da pena.

**ABSTRACT:** This work is situated within the field of criminological investigations concerning the institution of custodial sentences through imprisonment, particularly as legitimized by the Brazilian Penal Code, which attributes both a preventive and a rehabilitative function to incarceration. In this context, the research starts from the hypothesis of a possible theoretical incompatibility in the adoption of preventive and rehabilitative theories to justify imprisonment, considering the divergent conceptual frameworks each theory employs to explain criminal behavior. This generates a contradictory scenario regarding both the cause of and the response to delinquency. Grounded in a theoretical framework based on Critical Criminology, and developed as a theoretical inquiry, the present investigation is guided by the following research question:

---

<sup>1</sup> Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Atua como advogado na Comarca de Ourinhos/SP e região.

to what extent does the reconciliation of preventive and rehabilitative theories, from a criminological standpoint, represent a contradiction and, beyond that, serve to legitimize a strictly repressive criminal law? The study concludes that the mixed theory of punishment corresponds closely to punitive postulates disseminated through false correlations, as well as to the unrestricted use of a fictitious ideal of rehabilitation as a means of legitimizing imprisonment.

**Keywords:** Imprisonment. Rehabilitation. Mixed theory of punishment.

## 1. A POLÍTICA CRIMINAL BRASILEIRA E O FENÔMENO DA CONTRADIÇÃO: UMA SIMBIOSE PERFEITA.

É atemporal no pensamento científico que nenhum objeto deve ser estudado de forma isolada e dissociado do contexto em que se encontra, sob pena da análise ser irrealista ou, ainda que potencialmente promissora, ser desprovida de qualquer comprovação no mundo real.

Em relação ao objeto de estudo do presente artigo, a prisão, várias foram as correntes ao longo da história que se propuseram a explicar o fenômeno criminoso, seja atribuindo a figura do delinquente um manipulador de variáveis atinentes ao custo-benefício da prática do crime, como ensina a criminologia liberal, ou ainda, a visão positivista, que relacionou o crime a critérios de ordem patológica. Embora conflitantes, há um ponto que toca as duas correntes mencionadas: o fato de que o criminoso é um fim em si mesmo, sendo este o único responsável pela ocorrência do fato criminoso.

Diante da necessidade de entender com maior compreensão o fenômeno do crime e, em especial a figura do criminoso, surge a criminologia crítica com uma inovação que, apesar de lógica, revolucionou a forma como se analisa o crime. Nesse sentido, ao analisar a obra *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*, do autor italiano Alessandro Baratta, a escritora brasileira Vera Malaguti afirma que Baratta foi essencial ao ensinar que grande assertiva da criminologia crítica foi deslocar-se do fato criminoso e analisar a ocorrência do delito a partir do contexto social no qual o delinquente está inserido (BATISTA, 2011, p. 89). Com isso, passa-se a entender o delito como uma realidade estrutural, que jamais poderá ser compreendido com base unicamente em si próprio, mas sim a partir da estrutura jurídica que embasa a repressão criminal, uma vez que a

incidência do Direito Penal estaria subordinada aos ditames da realidade, de modo a selecionar quais bens jurídicos proteger, quais infratores perseguir e como puni-los, sempre tendo em mente que se o crime é uma violação da lei penal, por lógica, anteriormente, a lei violada passou por um processo legislativo, e assim, indiscutivelmente torna o fato gerador do crime também um processo político. Com isso, sendo o crime considerado uma violação da lei penal, para a ocorrência de um delito é pressuposto a existência de um tipo penal incriminador, de modo que, na realidade, o que se observa é a criminalização de condutas e pessoas, ponto este objeto de estudo da criminologia crítica.

É complementar ao até aqui defendido a máxima do criminólogo norueguês Nils Christie de que o crime nada mais é do que uma conduta abstrata inexistente, de tal maneira que na realidade prática há apenas a existência de condutas passíveis ou não de criminalização (CHRISTIE, 2011) que variam conforme os valores de determinada sociedade.

Dessa forma, no presente trabalho, baseando-se na criminologia crítica e, com a diretriz de analisar as implicações do sistema criminal de forma sempre atrelada ao contexto no qual está inserido, o presente trabalho irá se debruçar sobre as contradições decorrentes da ideologia punitiva na incidência do art. 59 do Código Penal Brasileiro e a legitimação do cárcere a partir de uma pretensa teoria mista da pena.

## **2. A IMPOSSIBILIDADE DE SE PENSAR A POLÍTICA CRIMINAL DE FORMA DISSOCIADA DO MODELO ECONÔMICO**

Indiscutivelmente, a economia, sobretudo no que diz respeito ao modelo econômico, é força-motriz para as mudanças na realidade concreta, de modo que os fenômenos avistados no cotidiano – do mais corriqueiro ao mais impactante – se submetem a uma ordem central, tal qual como uma orquestra as ordens de seu maestro, sendo este quem dita as diretrizes a serem seguidas em menor ou maior grau.

Partindo do pré-questionamento de que existe uma relação simbiótica entre o capitalismo e o direito, é importante estabelecer o modo como essa relação se produz, a proporção que a resposta para isso se dá com a existência de estruturas e superestruturas

ligadas ao funcionamento do capital. Nesse sentido, o Marx (2015) enumera a coexistência de uma ordem abstrata – atuante na manutenção dos paradigmas que levam ao fortalecimento e expansão do capitalismo, denominada de superestrutura – e uma ordem de atuação concreta, isto é, objetivando no campo das relações econômicas cotidianas assegurarem a lisura da primeira. Sendo assim, é possível afirmar, portanto, a subordinação das estruturas aos ditames da superestrutura, o que influencia sistematicamente e de forma incisiva nas relações pessoais e institucionais, principalmente quando ligadas ao proletariado.

Estando instalada a lógica de estruturas e superestruturas, convém o pensamento de que ao entender o direito enquanto fenômeno jurídico e legislativo, como uma estrutura tendente a normatizar as relações pessoais de acordo com o que se faz necessário para a manutenção do capitalismo enquanto modelo econômico, seguindo essa linha, elucidada Alysson Leandro Mascaro enumera que:

Para o marxismo, o direito não pode ser entendido a partir de definições vagas e idealistas. Não se trata de compreendê-lo a partir da consideração de que o Estado é um bem comum. Se o direito contemporâneo tem sido reduzido a uma manifestação estatal, isso e deve ao fato de que a exploração econômica capitalista necessita, especificamente, de um tipo de organização política, estatal, com uma forma jurídica que lhe seja atrelada e correspondente. A verdade do direito é a sua real manifestação a partir da lógica da reprodução concreta das relações sociais capitalistas. (MASCARO, 2020, p. 58)

Portanto, logo de início é importante consignar que o direito, sobretudo no campo penal, não pode ser estudado e entendido a partir unicamente do processo de criação e vigência de normas jurídicas, à medida que se trata, antes de um pacificador social, de um regulador das expectativas econômicas do modelo capitalista, de modo que qualquer análise no campo criminal dissociada de elementos como a economia, os direitos trabalhistas, os valores estruturais estão fadadas a inverdade, de modo que analisariam a ocorrência de um crime de modo puramente objetivo, sem considerar elementos estruturais indispensáveis para a ocorrência deste, tal como faziam os liberais e positivistas.

Propriamente no campo penal, a principal análise recai por lógica nas medidas adotadas enquanto “política criminal”, termo este que, utilizado inicialmente por Nilo Batista e posteriormente mencionado por Vera Malaguti Batista, pode ser entendido como:

[...] o conjunto de princípios e recomendações para a reforma ou transformação da legislação criminal e dos órgãos encarregados de sua aplicação. O conceito de política criminal abrangeria a política de segurança pública, a política judiciária e a política penitenciária, mas estaria intrinsecamente conectada à ciência política. (BATISTA, 2011, p. 23)

Baseado no presente entendimento se faz estritamente necessário inferir que, portanto, a política criminal, embora tratada como medida de segurança pública, é antes de tudo, uma medida política, de tal modo que, como medida política, está subordinada a hierarquia capitalista, atribuindo a política criminal uma visão verticalizada, imposta do topo da pirâmide social para a base, sempre com vistas a fortalecer a posição daqueles postados nos estratos mais altos. Notadamente, neste exato ponto em que se insere a necessidade de pensar o sistema de justiça criminal a partir da criminologia crítica, de tal modo que, como assevera Vera Malaguti Batista: “A criminologia se relaciona com a luta pelo poder e pela necessidade de ordem” (2011, p. 19). Em outras palavras, não haveria necessidade de ser existir uma teoria criminológica para se entender o crime caso este não fosse uma decorrência política do sistema econômico em que é inserido, haja vista que seria um fim em si mesmo, com possibilidade de análise tão somente de forma objetiva, classificando o criminoso apenas como um lúcido calculador das vantagens do crime ou uma patológica vítima de um determinismo incorrigível.

Importante ressaltar que a ligação entre o Direito Penal, sobretudo quanto o fenômeno do cárcere, e o modelo econômico que rege a sociedade não é um fenômeno exclusivo do século XXI. Nesse sentido, Dario Melossi e Massimo Pavarini são enfáticos ao estudar e apresentar à literatura criminológica a existência de “*houses of correction*” ou “*workhouses*”, que se proliferaram nos séculos XIV, XV e XVI, no sentido de:

[...] acolher os vagabundos, os ociosos, os ladrões e os autores de delitos de menor importância. O objetivo da instituição, que era dirigida com mão de ferro, era reformar os internos através do trabalho obrigatório e da disciplina. Além disso, ela deveria desencorajar outras pessoas a seguirem o caminho da vagabundagem e do ócio, e assegurar o próprio auto-sustento através do trabalho (MELOSSI; PAVARINI 2010, p. 36).

Ainda nesse sentido, informam os mencionados autores que com o tempo, o que ocorreu foi que as *workhouses* passaram a atender não somente criminosos e moralmente

indignos, mas também pobres desempregados, novos moradores das cidades e também jovens ingressando no trabalho, de modo que se criou uma condição em que “[...] o trabalhador era obrigado a aceitar qualquer trabalho, nas condições estabelecidas por quem lhe fazia a oferta (MELOSSI; PAVARINI, 2010, p. 38) ou teria de se submeter às *workhouses*. Não é apenas coincidência com o modelo de “Exército industrial de reserva” – que estabelece a necessidade do desemprego estrutural para a manutenção e extração máxima da mais-valia (MARX, 2015) – proposto por Karl Marx inúmeros anos após a existência dos estabelecimentos acima mencionados, de tal modo que desde antes do início do fenômeno da prisão é possível vislumbrar e compreender a relação entre o tratamento penal destinado aos criminalizados e a necessidade de se manter vigente a uma ordem econômica, sobretudo com o objetivo de controlar o mercado trabalhista e consumidor, tendo em vista que o posterior do surgimento do cárcere somente facilitou a manutenção deste mecanismo. Dessa forma, ainda no tocante as *workhouses*, concluem Dario Melossi e Massimo Pavarini a possibilidade de se notar que:

[...] como este tipo de instituição foi o primeiro exemplo, e muito significativo, de detenção laica sem a finalidade de custódia que se pode observar na história do cárcere e que os traços que a caracterizam, no que diz respeito às classes a quem foi destinada, sua função social e a organização interna já são, grosso modo, aquelas do clássico modelo carcerário do século XIX. (2010, p. 39).

A relação de dependência entre a aplicação do Direito Penal, ainda que em seu estado inicial de desenvolvimento e a necessidade de se assegurar uma ordem a ser estabelecida não é um fenômeno exclusivo do modelo criminal voltado ao cárcere, mas sim intrinsecamente correlato a atuação penal no capitalismo.

Com relação à interdependência entre o modelo econômica e a política criminal, sintetiza ainda Loic Wacquant que um dos efeitos decorrentes da íntima relação entre o capital e o Direito Penal é o fato de fomentar a economia informal e o trabalho remunerado de forma miserável, criando uma grande camada de mão de obra em posição de submissão, atreladas ainda em alguns casos a um fator estigmatizante – como é o caso dos que já passaram pelo sistema carcerário – a proporção que: “os antigos detentos não podem pretender senão os empregos degradados e degradantes, em razão de seu status judicial infamante (WACQUANT, 2011, p.105), ao passo que, segundo o referido autor:

[...] o sistema penal contribui diretamente para regular os segmentos inferior do mercado de trabalho – isso de maneira infinitamente mais coercitiva do que todas as restrições sociais e regulamentos administrativos. Seu efeito aqui é duplo. Por um lado, ele comprime artificialmente o nível do desemprego ao subtrair à força milhões de homens da “população em busca de um emprego” e, secundariamente, ao produzir um aumento do emprego no setor de bens e serviços carcerários, setor fortemente caracterizado por postos de trabalho precários (e que continua se elevando mais ainda com a privatização da punição). (WACQUANT, 2011, p. 104-105).

Wacquant ainda vai além demonstrando os efeitos deletérios da política criminal neoliberal das décadas de 1970 e 1980 ao demonstrar como o sistema criminal norte americano no período atuou tendo como norte a “teoria da vidraça quebrada” ou *broken windows theory*, de modo a legitimar a intervenção de modo mais repressivo em determinados contextos geográficos, uma vez que a citada teoria criou um fenômeno em que:

Muitas pessoas se inclinam a pensar que os criminosos são pessoas oriundas dos “bairros ruins” da cidade. Tem razão no sentido de que é nesses bairros que residem de maneira desproporcional as pessoas de baixa capacidade cognitiva. Em suma, todas as “patologias sociais” que afligem a sociedade americana estão “notavelmente concentradas na base da distribuição do quociente intelectual” (WACQUANT, 2011, p. 32).

Com isso, para Wacquant, os defensores da teoria acreditavam que “lutando passo a passo contra os pequenos distúrbios cotidianos que se faz recuar as grandes patologias criminais” (2011, p.32), pensamento este que, atrelado ao contexto de segregação racial e de necessidade de substituição da mão de obra escrava que imperavam nos Estados Unidos da segunda metade do século XX, conforme demonstrado no documentário “13ª Emenda”, produzido por Howard Barish e disponível no serviço de streaming Netflix, foi responsável por um aumento significativo do número de ocorrências envolvendo violência policial, bem como o surgimento do encarceramento em massa da população negra e pobre, criando um estigma no imaginário popular de que este grupo historicamente marginalizado atingido de forma proposital pela política neoliberal de combate ao crime estaria mais propenso ao cometimento de delitos, isto é, um cenário de rígido determinismo em razão do grupo ao qual o sujeito pertence.

Importante ainda frisar que os ensinamentos do sociólogo francês Loic Wacquant, como acima visto, remetem a uma crescente da política neoliberal que cresce desde a década de 1970, de tal modo que a crítica referida se torna notadamente importante no momento atual, haja vista que o modelo político da contemporaneidade brasileira, indiscutivelmente, alia-se a lógica neoliberal, o que pressupõe um afastamento estatal nas políticas públicas de redução das desigualdades, porém, em contrapartida, se volta ao recrudescimento do aparato de repressão criminal (CASARA, 2018), como será visto mais adiante no capítulo.

Ao que indica, independente do momento em que se observa o direito, deverá ser levado em consideração o modelo econômico – isto é, a superestrutura – que direciona a sociedade em análise, pensamento esse comprovado tanto pela análise da teoria proposta por Dario Melossi e Massimo Pavarini no estudo das *workhouses* em um momento de desenvolvimento inicial do capitalismo e pré-cárcere, quanto pelo observado por Loic Wacquant no neoliberalismo da segunda metade do século XX, tornando possível afirmar que, embora separados por séculos de distância, bem como por valores outros, há um ponto de convergência entre ambas as sociedades e o Brasil atual no que tange ao Direito Penal e no direito como um todo: a simbiose com o modelo de produção capitalista.

Finalmente, a fim de concluir pela indissolubilidade do Direito Penal e o modelo econômico, basta analisar o objeto principal do cárcere: a liberdade. É bem verdade que em primeira análise é de lógica conclusão de que o objeto principal do cárcere é a privação concreta do ser humano em carne e osso, como um fim em si mesmo, todavia, em uma interpretação extensiva, denota-se que o bem maior atingido pela prisão é a liberdade – aqui, no sentido abstrato, enquanto bem jurídico – de tal modo que, não coincidentemente, é igualmente o bem jurídico que usufrui de maior prestígio pela ordem capitalista, por consequência, é desejável para manutenção dos ditames do capitalismo que os indesejados sua lógica sejam retirados de seu mecanismo, sobretudo com o intuito de influenciar no chamado “exército industrial de reserva”, anteriormente mencionado. Em outras palavras, priva-se o indivíduo do essencial para a sobrevivência no capitalismo, de tal modo que, sendo a liberdade o bem por excelência do modelo econômico, ter o mencionado bem jurídico sua privação como forma de controle social leva indiscutivelmente a ideia de

exclusão sistêmica, uma vez que por meio da pena privativa de liberdade o indivíduo se vê retirado das relações econômicas.

### **3. A INCOMPATIBILIDADE DE UMA TEORIA MISTA DA PENA: A CONTRADIÇÃO TEÓRICA NO FATO GERADOR DO CRIME**

Com base no Artigo 59 do Código Penal Brasileiro<sup>2</sup>, logo de antemão, é possível vislumbrar a intenção do legislador em atribuir a pena no âmbito criminal nacional as finalidades de prevenção e retribuição, de tal modo que, conforme estudado no capítulo inicial do presente trabalho, representam funções distintas e utilizadas em momentos históricos diferentes no tocante a aplicação da sanção que decorre da violação da lei penal.

É de instintiva conclusão, portanto, que o legislador ao conferir a pena uma dupla função de prevenção e retribuição consignou em criar uma terceira corrente justificadora da pena, unificando as teorias preventivas e retributivas da pena. Notadamente, a doutrina majoritária confere validade a interpretação aqui exposta, de tal modo que, por exemplo, Rogério Greco menciona que “em razão da redação contida no *caput* do art. 59 do Código Penal, podemos concluir pela adoção, em nossa lei penal, de uma *teoria mista ou unificadora da pena*” (2023, p. 526), a proporção que pelo mesmo caminho entende o também doutrinador Cleber Masson (2019).

A intenção do legislador ao propor a citada teoria no momento da escrita do Código Penal, bem como a finalidade meramente didática da oceânica doutrina brasileira em analisar a pena a partir de uma teoria mista ou unificadora da pena, todavia, aceitar academicamente a junção das teorias preventivas e retributivas dessa pena configura, no sentido criminológico, indubitável equívoco, tanto técnico, quanto prático.

Do ponto de vista teórico, a teoria mista da pena parte do pressuposto de que a pena privativa de liberdade assuma um papel de prevenção geral, ressocialização e retribuição do crime, em outras palavras, aceita tacitamente que o fato gerador do crime decorre ao mesmo tempo de critérios pautados em liberdade – custo-benefício do crime,

---

<sup>2</sup> 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 [...]

conforme ensina Cesare Beccaria – e igualmente de um fato biológico – Conforme os estudos de Cesare Lombroso –, de tal modo que, para a citada corrente, o criminoso seria ao mesmo tempo um intelectualmente incapaz e um homem em sua plena consciência capaz de analisar os possíveis efeitos do crime e contrabalancear com os riscos da prática delituosa. Dessa forma, conclui-se de imediato que, a partir das correntes justificadoras da pena estudadas no primeiro capítulo, a existência de uma teoria unificadora da pena contraria substancialmente as correntes preventivas de prevenção geral e especial da pena, uma vez que busca conciliar duas vertentes diametralmente opostas.

Superada a primeira crítica, construída a partir da análise histórica dos institutos justificadores da pena, chegamos à crítica central ligada a teoria mista da pena, elencada por Juarez Cirino dos Santos, que é assertivo ao mencionar que:

Os defeitos das teorias isoladas não desaparecem nas teorias unificadas da pena criminal, com a reunião de funções (a) de compensar ou expiar a culpabilidade, (b) de corrigir e neutralizar o criminoso, e (c) de intimidar autores potenciais e de manter/reforçar a confiança no Direito (2020, p. 439).

Pelo trecho, é notável que, em linhas gerais, a teoria unificadora da pena nada fez além de conglomerar os fracassos individuais de cada uma das justificações históricas da pena. Imprescindível ainda mencionar que as teorias justificadoras da pena foram sendo sucessivamente criados para colmatar as lacunas da teoria anterior e se adequar aos valores momentâneos do período, ou seja, a prevenção geral surge para amenizar a violência decorrente da teoria retributiva e, por outro lado, prevenção especial surge para afirmar que existem indivíduos que, naturalmente, não servem para usufruir da liberdade prestigiada pelo liberalismo político da era iluminista, corrente esta que serviu de fundamento político da prevenção geral. Portanto, é razoável concluir que a teoria unificadora da pena aglomera, por consequência, os fracassos de cada uma das teorias legitimadoras da pena, uma vez que pode ainda servir de base para aplicação de penas lastreadas em critérios concretos capazes de legitimar qualquer punição criando um cenário em que se pode escolher qual a teoria justificadora mais adequada a casuística apresentada, o que, por lógica, representaria enorme autoritarismo por parte dos atores do sistema de justiça criminal (CIRINO DOS SANTOS, 2020).

Finalmente, como terceiro e último fundamento de contradição da teoria mista, elenca-se a aceitação de uma figura retributiva da pena, isto é, a atribuição dada ao Direito Penal de produzir vingança. Historicamente, como visto anteriormente, a legislação processual e material criminal surge com o intuito de aplacar a violência ocasionada pela vingança, sendo este, inclusive, o ponto central da argumentação proposta por Cesare Beccaria (2002), de tal sorte que atualmente, a legitimação do direito de punir estatal é indissociavelmente atrelada a função de racionalizar a punição – isto é, afastá-las de critérios emocionais – bem como de contenção do exercício desenfreado da punição, atuando somente quando estritamente necessário (SEMER, 2020). Partindo dessa visão, coligar a atuação do Estado, por meio da pena, fundamentada pela vingança, representa um retrocesso civilizatório e legislativo enorme e, na minha visão, um tanto quanto perigoso, uma vez que na atualidade, sobretudo com a ampliação dos meios de comunicação, a atuação do julgador e dos atores do processo penal são, em determinados casos, lastreados no clamor popular, motivado quase que de forma unanime por sentimentos, em especial de revolta, de tal maneira que, conforme leciona Raphael Boldt, a opinião popular eivada de vingança reproduz inúmeras vezes preconceitos estruturais, bem como o desprezo pelas garantias individuais do acusado (BOLDT, 2013).

Analisando o texto legislativo criminal brasileiro – excetuado o Art. 59 do Código Penal – explicitamente é inviável encontrar qualquer menção a vingança enquanto fim da pena, todavia, a partir de uma análise crítica, é possível classificar de forma implícita a vingança como um dos fatores motivadores da aplicação da pena, em especial quando da análise minuciosa do instituto do perdão judicial, estipulado no Art. 121, §5º do Código Penal<sup>3</sup>. Minha posição aqui não é a de oferecer qualquer resistência a aplicação do benefício do perdão judicial, o qual considero justo e de notável humanidade. O que se infere, nesse momento, é que ao fundamentar o mencionado instituto, o legislador, notadamente quando menciona a desnecessidade de aplicação da pena em decorrência da gravidade de foro pessoal decorrente do delito, correlacionou a necessidade da pena à existência de um sofrimento íntimo para o apenado, de tal modo que, como tudo no direito

---

<sup>3</sup> “[...] o juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária.”

nada pode ser interpretado isoladamente, essa motivação para aplicação de uma pena pode ser estendida no que tange ao seu conceito fundamentador aos demais delitos, à proporção que, por exemplo, o sofrimento do cumprimento de uma pena, a julgar pela redação do instituto supracitado, deverá ser semelhante ao de um genitor que acidentalmente atropela fatalmente o filho, um clássico exemplo de aplicação do perdão judicial. Dessa forma, entendendo que a aplicação dessa lógica implícita, atrelada a pena, contraria o princípio da humanidade da pena, que por sua vez, é um dos pressupostos constitucionais para aplicação de uma sanção penal, como ensina Marcelo Semer (2020).

Finalmente, conclui-se que a adoção de uma teoria mista ou unificada da pena representa a aceitação de uma contradição lógica, epistemológica e histórica, de tal maneira que aceita um norte contraditório para legitimar a pena, conglomerando erros próprios de cada teoria, abrindo ainda margem para eventuais discricionariedades concretas e, em último caso, no tocante a retribuição, aceitando uma visão ultrapassada de civilidade, que não mais tem lugar no ordenamento jurídico atual.

#### **4. O MITO DA RESSOCIALIZAÇÃO**

A vertente finalística da pena que se orienta pela busca da ressocialização – prevenção especial do cárcere – é, de modo inequívoco, a mais defendida em sentido amplo para validar o encarceramento em detrimento da prática de um crime. Logo de antemão é possível lançar uma primeira crítica ao instituto, à proporção que o viés ressocializador, na visão popular, somente pode recair sobre crimes de baixa gravidade, uma vez que não raramente notamos discursos afirmando que infratores de tipos penais mais graves estariam inabilitados a serem ressocializados.

De início, imprescindível é explicar as origens históricas do pensamento ressocializador, que surge por meio das teorias positivistas da criminologia, notabilizando-se pelo nome de “correcionalismo”, de modo que o ponto crucial para seu surgimento foi, segundo os pensadores da época, o fracasso do modelo clássico liberal de pena que, embora tenha humanizado a pena, teria sido a responsável pelo aumento da reincidência em decorrência de sua ineficácia prática na contenção da criminalidade, e nessa toada, propunham os correcionalistas que a pena:

[...] converte-se em meio de educação e tratamento do delinquente, contra quem não deve recair nenhuma espécie de vingança punitiva. A sanção funciona, por conseguinte, como uma espécie de tratamento da saúde da alma, motivo pelo qual deve ser boa em sua essência. Quanto a execução penal, deve nela existir duplo interesse na busca da justiça: o do condenado, de corrigir-se; e o da sociedade, de que se corrija. (MARQUES, 2016, p. 148)

E assim, a pena deixaria de abrigar um caráter estritamente punitivo, e teria em seu bojo um caráter muito mais de readequação do apenado ao meio social. Com isso, a adoção de uma teoria unificadora da pena é, academicamente falando, uma aberração, à proporção que confere a corrente ressocializadora um caráter punitivo em decorrência da junção desta com as vertentes de prevenção geral e retribuição.

Não obstante, conforme leciona Luis Carlos Valois (2020), ao discorrer sobre a criminologia correcionalista do século XIX, ele destaca os ensinamentos de uma das principais autoras do período, Concepción Arenal, que inicialmente divergia de Cesare Lombroso ao entender que não poderíamos entender o homem como delinquente, pois, naquele momento, sequer havia uma certeza sobre o que era o homem (ARENAL, 1895), de tal maneira que, Valois, lecionando sobre a citada estudiosa, menciona que Arenal:

Criticou a seletividade do encarceramento dos pobres, o tempo prolongado da prisão cautelar, o excessivo tempo de pena, combateu a prisão da mulher com filho menor, a ausência de pessoal qualificado nas prisões, seus baixos salários, a falta de escolas, a mistura de presos, a tortura institucionalizada; enfim, eram tantas as críticas de Concepción à prisão, que parece mesmo, que se a autora escrevesse hoje, depois de tantas reformas e remendos na instituição prisão, os quais não surtiram muito efeito, seria ela classificada de abolicionista e não correcionalista (VALOIS, 2020, p. 89).

Como visto, os problemas contemporâneos do encarceramento não são atuais, mas sim estruturais, isto é, fazem parte do que é a prisão, independente da teoria que a guia, a medida que, a crítica realizada séculos atrás se mantém presente, comprovando mais uma vez não só que aspectos econômicos sempre estiveram umbilicalmente entrelaçados com o aprisionamento, bem como a junção das teorias justificadoras da pena produz o fenômeno da junção de fracassos próprios de cada finalidade teórica já proposta.

Complementada a origem histórica da ressocialização penal enquanto objetivo final do cárcere, faz-se necessário analisar sua previsão na legislação brasileira atual, de

tal sorte que encontra previsão no artigo inaugural da Lei de Execução de Penal<sup>4</sup>, bem como pela interpretação sistemática da existência de institutos como a remição pelo trabalho, a saída temporária e a permissão para esta saída.

É necessário, ainda, tecer a relação obrigatória entre a possibilidade de ressocialização por meio da pena com o princípio da humanidade no cumprimento da pena que, conforme esclarece Rodrigo Duque Estrada Roig:

No Brasil, o princípio da humanidade decorre do fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III, da CF) e do princípio da prevalência dos direitos humanos (Art. 4º, II, da CF), amparando o Estado Republicano e Democrático de Direito. [...] Em sede de execução penal, o princípio funciona como elemento de contenção da irracionalidade do poder punitivo, materializando-se na proibição de tortura e tratamento cruel e degradante [...] Como consectário do princípio da humanidade emerge o princípio da secularização, o qual, afirmando a separação entre direito e moral, veda na execução penal a imposição ou a consolidação de determinado padrão moral às pessoas presas, assim como obsta a ingerência sobre sua intimidade, livre manifestação de pensamento, liberdade de consciência e autonomia da vontade (ROIG, 2020, p. 25-26).

Portanto, emerge como corolário do cumprimento de uma pena a humanidade em sua execução, à proporção que, conforme o entendimento do citado autor, não pode ainda o Estado, sob a justificativa de ressocializar impor uma verdade moral aos apenados, entendimento este que vai ao encontro dos ensinamentos de Juarez Cirino dos Santos ao entender que a grande inconstitucionalidade da prevenção especial reside na imposição de uma moralidade adotada como correta (CIRINO DOS SANTOS, 2020), tais como a obrigatoriedade de cortar os cabelos e retirar as barbas dos apenados (ROIG, 2022, p. 27), de forma que é impossível não correlacionar, sobretudo no que tange ao controle da moral, ao proposto por Michael Foucault, quando na exposição da ideia de que antes de qualquer finalidade atribuída pela lei, serve a prisão como um instrumento de docilização (FOUCAULT, 2014).

O Brasil apresente um déficit de 54,9% no que diz respeito à acomodação de detentos no sistema carcerário, o que, por óbvio, ocasiona no fenômeno da superlotação. Não é desnecessário mencionar aqui que a Corte Europeia de Direitos Humanos possui

---

<sup>4</sup> Art. 1º. A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

entendimento consolidado de que o excessivo número de encarcerados, ocupando reduzido espaço, conduz a uma situação de inequívoca e grave presunção de violação dos Direitos Humanos, sendo assim, considerada uma prisão degradante, de modo que ao comparar o Brasil com a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, Rodrigo Duque Estrada Roig concluiu que:

Seguindo-se por analogia o critério utilizado pela Corte Europeia – de que a grave superlotação produz forte presunção de tratamento desumano ou degradante –, é possível concluir que o estado de grave superlotação de alguns cárceres brasileiros também produz forte presunção de tratamento desumano ou degradante e, conseqüentemente, a violação sucessiva da Lei de Execução Penal, da Constituição da República Federativa do Brasil [...] (2022, p. 442).

Não obstante, o caráter deplorável das condições dos estabelecimentos penais na atualidade, soma-se ao estereótipo gravada naquele que, em determinado momento, atravessa o sistema de justiça criminal, ainda que não condenado definitivamente, uma vez que, com o advento da modernidade e a expansão da mídia, a antecipação da culpabilização do indivíduo é cada vez mais inevitável, fruto do descrédito dado a presunção de inocência (LOPES JR., 2022), atribuindo assim a mácula de criminoso até mesmo àqueles que sequer possuem uma condenação transitada em julgado. Entendendo o imaginário popular que o criminoso é, por essência, um ser humano incorrigível e merecedor de uma punição constante e infundável – e na grande maioria das vezes, tal estereótipo recai, preponderantemente, sobre os pertencentes dos grupos historicamente marginalizados (DIEL; WERMUTH; 2018) –, cria-se uma zona social no qual o egresso do sistema carcerário jamais será completamente reintegrado a sociedade, ocasionando em uma exclusão estrutural e extremamente nociva a dignidade humana do indivíduo, uma vez que “uma das formas mais eficientes de tornar alguém invisível é projetar sobre a pessoa um estigma, um preconceito.” (SOARES, 2019, p.197), de tal maneira que o ex-presidiário – ou, em casos extremos, processado criminalmente – fica relegado ao trabalho informal ou precarizado, tornando-se alvo fácil do processo secundário de criminalização – que será abordado no capítulo seguinte – bem como excluído do convívio social, uma vez que:

[...] a crise da execução da pena, como realização do projeto técnico-corretivo da prisão, é irreversível. E a explicação da crise é simples: a prisão introduz o condenado em duplo processo de transformação pessoal, de desculturação pelo desaprendizado dos valores e normas de convivência social, e de aculturação pelo aprendizado de valores e normas de sobrevivência na prisão, a violência e a corrupção – ou seja, a prisão só ensina a viver na prisão (CIRINO DOS SANTOS, pág.455-456, 2020).

Pode-se ainda inferir que o mencionado fenômeno ocorre de forma ainda mais agressiva em um Estado nos moldes daquele analisado por Loic Wacquant, que pouco atua no âmbito da melhoria social e educacional dos cidadãos, mas que, por outro lado, age de forma enérgica em seu braço punitivo (WACQUANT, 2011) e que, aliado ao descrito na passagem acima, busca reduzir sua culpa pela desatenção na área social com o aumento da repressão, criando assim um cenário contraditório, no qual aprisiona indivíduos em condições desarrazoadas, que apenas lhe ensinam a sobreviver no cárcere, esperando uma melhora mágica em seu comportamento para, logo em seguida, recolocá-lo, ainda mais estigmatizado, na sociedade. Não é ilógico concluir, portanto, que a prisão é o principal fator para a reincidência.

O esvaziamento da ressocialização não opera somente no aspecto principiológico e social, conforme acima mencionada, ganhando notável atenção também sua mitigação no aspecto da produção legislativa. Ganhou notoriedade nas redes sociais o Projeto de Lei nº 6579/2013 que, de forma impensada, e com vistas a aplacar o clamor popular sempre elevado – sobretudo nas notícias que envolvem a concessão de benefícios a famosos condenados – ataca de forma a praticamente inviabilizar o instituto das saídas temporárias, reduzindo a sua possibilidade de quatro – previsão atual – para uma, bem como criando a vedação de sua aplicação aos reincidentes.

No que diz respeito ao instituto das saídas temporárias, é relevante elencar as suas hipóteses de ocorrência, de tal maneira que, conforme propõe a Lei de Execução Penal, será permitida a saída do apenado que cumpre a pena em regime semiaberto nos casos de visita à família, frequência a curso supletivo profissionalizante, bem como de instrução do 2º grau ou superior, na Comarca do Juízo da Execução e na participação em atividades que concorram para o retorno ao convívio social.

Nota-se, então, que a função legal da saída temporária é viabilizar a ressocialização do apenado, de modo que atacar as estruturas de sua efetivação é flagelar

o próprio intuito do legislador quando impôs a finalidade de reinserção do criminoso ao convívio social, ocasionado novamente mais uma contradição no sistema legislativo penal. Em outras palavras, eventual aprovação do mencionado projeto consistiria em negar o próprio espírito da lei que o protótipo almeja alterar.

Quanto à vedação da saída temporária para reincidentes, proposta pelo Projeto de Lei 6579/2013, evidencia-se ainda clara violação ao princípio da individualização da pena, axioma este que, conforme leciona Luiz Regis Prado aplica-se também de forma indistinta ao processo legislativo (2020, p. 138), de tal maneira que, aceitar por completo a impossibilidade para os reincidentes, notadamente quando o benefício somente pode ser aplicado no momento em que o cumprimento encontra-se no regime semiaberto – o que pressupõe, por lógica: a) cumprimento de considerável fração da pena aplicada ou b) a condenação por crime de gravidade não abstratamente elevada –, denota uma infeliz visão legislativa atinente ao Direito Penal do autor, corrente esta que, conforme elenca Eugênio Raul Zaffaroni, é incompatível com o Estado Democrático de Direito (2011), uma vez que coloca o Direito Penal enquanto ciência no campo do autoritarismo.

Após a construção do presente item, a conclusão obtida acerca da ressocialização na política criminal brasileira é a de que, apesar de ser em primeiro momento um objetivo com viés humanitário e condizente com os fins almejados pelo Estado Democrático de Direito, na realidade concreta, nada mais passa do que uma utopia, tanto no contexto prático, quanto no âmbito legislativo, uma vez que a figura do encarcerado como grande inimigo de impossível correção é cada vez mais estimulada, o que repercute em projetos de leis mais severos e incompatíveis com o referido intuito de reintegração. Nessa mesma linha há Luis Carlos Valois que afirma:

[...] a ressocialização nunca resultou de um dado empiricamente comprovado. Nasceu no contexto de um ideal humanizador das prisões e acabou servindo mais como legitimador do que como motivo de efetiva reforma. Subterfúgio, reduzido a instrumento de retórica, para convencer a sociedade e o Estado de que era necessário investir na prisão, melhorando-a, mas como consequência, sustentando-a. (2020, p. 315).

Portanto, a visualização da prisão como um mecanismo de ensinamento nunca se realizou, na medida em que o ideal de ressocialização passou a constituir mero

instrumento retórico de fácil convencimento popular para legitimar o cárcere que, sucessivamente, ao longo da história, torna-se mais propenso a resultar na obtenção de suas finalidades não explicitamente admitidas – como a neutralização – encontrando a validade para o desempenho de tais escusas funções no simbolismo que as utópicas finalidades explícitas da pena – como a prevenção geral e a ressocialização – são eficazes em propagar.

## CONCLUSÃO

A análise desenvolvida ao longo deste artigo demonstrou que a política criminal brasileira não pode ser compreendida de maneira isolada, tampouco sob uma ótica meramente normativa ou técnica. Ao contrário, ela se revela como uma engrenagem funcional da lógica capitalista, marcada por uma simbiose estrutural com o modelo econômico vigente, que condiciona a formulação das leis penais, sua aplicação seletiva e a legitimação de dispositivos como o cárcere.

A criminologia crítica, ao deslocar o foco do indivíduo para as estruturas sociais, revela que o fenômeno criminal não é produto exclusivo da vontade do agente, mas antes um reflexo das contradições econômicas e sociais historicamente construídas. Nesse cenário, a proposta de uma teoria mista da pena, presente no art. 59 do Código Penal Brasileiro, expõe uma incoerência conceitual: ao tentar conciliar retribuição e prevenção dentro de um mesmo modelo, naturaliza-se uma racionalidade punitiva que ignora as desigualdades estruturais que produzem e reproduzem o fenômeno da criminalização.

Em última instância, a pena, sob o verniz de legitimidade jurídica, se torna instrumento de manutenção da ordem social capitalista, em que a liberdade — bem jurídico central — é seletivamente suprimida como forma de controle político e econômico. A contradição não é um desvio do sistema, mas sua própria essência, revelando que a política criminal brasileira, longe de ser incoerente, é perfeitamente funcional à estrutura que pretende conservar.

## REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BECCARIA, Cesaria. **Dos delitos e das penas**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

BOLDT, Raphael. **Criminologia midiática: Do discurso punitivo à corrosão simbólica do garantismo**. Curitiba: Juruá, 2013.

CASARA, Rubens R. R. **Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.

CASTELLS, Manuel. **Ruptura: A crise da democracia liberal**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

CHRISTIE, Nils. **Uma razoável quantidade de crime**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. 9ª Edição: Tirant Lo Blanch. São Paulo. 2020

DIEL, Aline Ferreira da Silva; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Mídia, direito penal e o estereótipo do criminoso: uma leitura biopolítica**. 1 ed. Curitiba: CRV, 2018.

FOUCAULT, Michael. **Vigiar e Punir**. 42ª Edição: Vozes. Rio de Janeiro. 2014.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: artigos 1º a 120 do código penal. v.1**. 25ª ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023.

MARX, Karl. **O capital – Livro 1: Crítica da economia política**. 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2015.

MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte geral (arts 1º a 120)**. v. 1. 13ª Edição: Método. São Paulo. 2019.

LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal: Introdução Crítica**. 8ª Edição: Saraiva Jur. São José dos Campos, 2022.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da Pena**. 3ª Edição: WMF Martins Fontes. São Paulo. 2016.

MASCARO, Alysso Leandro. **Introdução ao estudo do direito**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2021.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e Fábrica: As origens do sistema penitenciário (Séculos XVI-XIX)**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

PRADO, Luiz R. **Direito Penal Constitucional - A (Des)construção do Sistema Penal**. Disponível em: Minha Biblioteca, Grupo GEN, 2020.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal: Teoria crítica**. 6 ed. São Paulo: Thmoson Reuters Brasil, 2022.

SEMER, Marcelo. **Princípios penais no estado democrático de direito**. 1 ed. São Paulo: Tirant lo blanch: 2020.

SOARES, Luiz Eduardo. **Desmilitarizar**. 1ª Edição: Boitempo. São Paulo. 2019.

VALOIS, Luis Carlos. **Conflito entre ressocialização e o princípio da legalidade penal**. 1ª ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2020.

VALOIS, Luis Carlos. **O Direito Penal da Guerra às Drogas**. 3ª Ed. São Paulo: D'Plácido, 2020.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Fundamentos de história do direito**. 3. Ed. 2. Tir. Rev. E ampl. – Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

VON JHERING, Rudolph. **A luta pelo Direito**. São Paulo: Hunter Books, 2012.

WACQUANT, Loic. **As prisões da miséria**. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal brasileiro - I**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Em busca das penas perdidas**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O inimigo no Direito Penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.