

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

JÉSSICA BRAVOS DA SILVA

**CRÍTICA AO DISCURSO PENAL: AS ILUSÕES E A REALIDADE DA PENA
CRIMINAL**

**CURITIBA
2012**

JÉSSICA BRAVOS DA SILVA

**CRÍTICA AO DISCURSO PENAL: AS ILUSÕES E A REALIDADE DA PENA
CRIMINAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial à obtenção de grau de Bacharela em Direito, no Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. André Ribeiro
Giamberardino

**CURITIBA
2012**

TERMO DE APROVAÇÃO

JÉSSICA BRAVOS DA SILVA

CRÍTICA AO DISCURSO PENAL: AS ILUSÕES E A REALIDADE DA PENA CRIMINAL

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como requisito parcial para obtenção de grau de Bacharela no Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Prof. Dr. André Ribeiro Giamberardino
Orientador – Núcleo de Prática Jurídica, UFPR

Prof.^a Dra. Priscilla Placha Sá
Departamento de Direito Penal e Processual Penal, UFPR

Prof.^a Dra. Clara Maria Roman Borges
Departamento de Direito Penal e Processual Penal, UFPR

Curitiba, 17 de dezembro de 2012

**A meus amados, Joabe (*In memoriam*) e
Gio.**

*“É só você que tem a cura pro meu vício de
insistir nessa saudade que eu sinto de tudo o
que eu ainda não vi”. (Legião Urbana)*

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, à minha mãe por todo o apoio, incentivo e carinho de todos os dias e, principalmente, pelo bom exemplo.

Agradeço à Universidade Federal do Paraná, pois tenho orgulho de ser filha dessa casa e sou, acima de tudo, grata pela acolhida.

Agradeço ao Núcleo de Direito Cooperativo, que me oportunizou vivenciar novas realidades, através da extensão, abrindo-me os olhos para novos horizontes. Agradeço, também, pelas tardes de estudo e “terapia”, como costumávamos brincar. Dedico um beijo especial a Tóia e Diego, que foram, durante a faculdade (e ainda são), um referencial para mim.

Agradeço aos amigos, Emilie, Sylmara, Marcela, Luiza, Izabela e Marlon, companheiros de curso, pela parceria e amizade que construímos e que desejo levar por toda a vida.

Agradeço à Turma do Centenário por todos esses anos de convívio e amizade.

Agradeço, ainda, aos amigos de toda a vida, sem os quais o caminho não teria sido tão prazeroso e compensador.

Foram cinco anos de aprendizado que me valeram quem hoje eu sou e, por isso, agradeço a todos que de alguma forma contribuíram para a realização deste sonho.

“Já é hora de romper com os enganosos discursos legitimadores do sistema penal e construir – ou reconstruir – pensamento e práticas libertários e igualitários, fundados na generosidade, na fraternidade, na honestidade, na tolerância e no desapego verdadeiramente revolucionários.”

(Maria Lúcia Karam)

RESUMO

O presente trabalho observou legislação, jurisprudência e doutrina brasileira e estrangeira com a finalidade de analisar a teoria da pena sob dois pontos de vista diversos: o discurso jurídico, tido como *oficial*, responsável pela atribuição das funções de retribuição da culpabilidade, prevenção geral e prevenção especial à pena criminal; bem como, o discurso criminológico que, por sua vez, desconstrói o discurso jurídico da pena, desvelando as reais funções exercidas pela pena criminal, quais sejam: a retribuição equivalente do crime, a garantia das relações sociais capitalistas e a afirmação da ideologia dominante. Cumpre destacar que o discurso criminológico da pena tem como objetivo último a redução da *desigualdade* e a *seletividade* do sistema penal, necessária às sociedades democráticas contemporâneas.

Palavras chave: Discurso jurídico da pena; discurso criminológico da pena; criminologia crítica.

ABSTRACT

This study observed legislation, jurisprudence and doctrine Brazilian and foreign in order to analyze the theory of punishment from two different viewpoints: the legal discourse, regarded as official, who assigned the functions of retribution of guilt, general deterrence and prevention special to the criminal penalty, as well as the criminological discourse which, in turn, deconstructs the discourse of legal penalty, unveiling the actual duties performed by felony, namely: the equivalent remuneration of the crime, the security of capitalist social relations and the affirmation the dominant ideology. It is worth noting that the criminological discourse of the last sentence is aimed at reducing inequality and selectivity of the penal system, needed to contemporary democratic societies.

Keywords: Legal discourse pen; criminological discourse pen; critical criminology.

INTRODUÇÃO

O contato com a prática penal, ainda na condição de estagiária, quando trabalhávamos junto a gabinete de juiz de uma das Varas Criminais da Capital, instou-nos fossem despertadas indagações quanto às contradições tão evidentes entre as finalidades atribuídas à pena criminal, sustentadas no âmbito do discurso jurídico, e a realidade fática do sistema penal, que reconhecidamente não vê realizadas quaisquer dessas finalidades.

Muito embora a discussão acerca das finalidades da pena criminal possa parecer, especialmente no meio acadêmico, um ponto superado na doutrina penal, na experiência prática brasileira, conforme pudemos apreender no dia-a-dia ao lado do Magistrado, pudemos observar que o discurso oficial das finalidades da pena criminal ainda se faz presente, sendo, inclusive, utilizado como fundamentação das decisões judiciais.

Senão vejamos:

*DIREITO PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. APLICAÇÃO DA LEI PENAL. INTENSA E EFETIVA PARTICIPAÇÃO. ART. 7º, LEI 9.034/95. INCONSTITUCIONALIDADE INEXISTENTE. (...) 4. A garantia da ordem pública é representada pelo imperativo de se **impedir a reiteração das práticas criminosas**, como se verifica no caso sob julgamento. A garantia da ordem pública se revela, ainda, na necessidade de se **assegurar a credibilidade das instituições públicas quanto à visibilidade e transparência de políticas públicas de persecução criminal** (STF - Recurso de Habeas Corpus -10.06.2008, 2ª Turma).*

Ainda, nesse sentido:

(TJPR. HC n.º 973279-6. Relator: Lidio José Rotoli de Macedo. 5.ª Câmara Criminal. Julgado em 22/11/2012). HABEAS CORPUS. - ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO E CONCURSO DE PESSOAS (ARTIGO 157, § 2º, INCISOS I E II DO CÓDIGO PENAL).- DECISÃO QUE DECRETOU A PRISÃO PREVENTIVA, BEM COMO A QUE INDEFERIU O PEDIDO DE REVOGAÇÃO, DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. - NECESSIDADE DA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. - CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS AO PACIENTE QUE POR SI SÓS NÃO OBSTAM A SEGREGAÇÃO. - PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. - ORDEM DENEGADA.I. Verifico tanto na decisão que decretou a prisão preventiva do paciente, quanto na que indeferiu o pedido de revogação, não haver a alegada ausência de fundamentação. Inobstante possa se considerar sucinta, são manifestamente expressa e fundamentada nas decisões, a necessidade de se garantir a ordem pública e a conveniência da instrução criminal. [...] .III. O modus operandi (arma de fogo e concurso de

pessoas) utilizado traduz a efetiva periculosidade do agente, acentuando-se a gravidade do crime, o que **evidencia a necessidade de se acautelar o meio social, porquanto, indubitosa e imperiosa a necessidade de se salvaguardar a garantia da ordem pública**.IV. "Estando devidamente fundamentada a decisão que determinou a prisão preventiva e demonstrada a necessidade de garantia da ordem pública, mormente pela gravidade em concreto do delito, perpetrado em concurso de pessoas e mediante uso de arma de fogo, a segregação cautelar se impõe.- **A prisão preventiva funciona com a finalidade de prevenção e, não, com a de punição, que é característica apenas da prisão definitiva.** - Ordem denegada. (TJMG. Habeas Corpus nº 1.0000.12.110266-9/000. Relator Des. Doorgal Andrada. 4ª CÂMARA CRIMINAL. Julgado em 07/11/2012)V. Já se decidiu que, do confronto de interesses entre o direito à liberdade do paciente e o direito social fundamental à segurança, devem preponderar, por ora, o interesse que verse sobre o direito à segurança, nos termos do artigo 6º da Constituição Federal. Ou seja, **neste momento processual, vige o princípio do in dubio pro societate**, não sendo necessária a convicção plena de ter o paciente envolvimento com o crime investigando, bastando a existência de indícios de autoria, porquanto, a certeza somente será alcançada com a finalização da persecução penal, não havendo motivos suficientes para ser descartada a sua participação. [...] 6. Nesta etapa processual, ainda que venha a surgir a dúvida, esta pode e deve ser aplicada a máxima *in dubio pro societate* (ou no vernáculo, na dúvida, pro sociedade). **A sociedade não aguenta, não suporta tanta violência: homicídio doloso, tráfico de drogas, roubo qualificado, estupro de vulnerável, seqüestro, extorsão.** Ordem denegada." (TJMG.HC nº 1.0000.12.047957-1/000. Relator Des.Walter Luiz. 1ª Câmara Criminal. Julgado em 15/05/2012).

Nestes casos, em específico, vê-se, claramente, que a justificativa para o decreto prisional encontra fomento nas funções de prevenção especial e geral, restando explicitado, ainda, no segundo acórdão, que a prisão definitiva possui caráter, de fato, punitivo (retribuição).

Como é possível que um discurso reconhecidamente falido em seus propósitos, sem qualquer respaldo na *práxis* ainda encontrar asilo na rotina de nossos Tribunais?

Diante disso, em que pese, doutrinariamente, a discussão acerca das finalidades manifestas ou reais da pena criminal pareçam superadas, há, ainda, necessidade de se desconstruir o discurso jurídico sobre os fins da pena, presente não apenas na fundamentação das decisões judiciais brasileiras, como também, no imaginário coletivo.

Assim, seguindo uma ordem metodológica, esboçaremos, no primeiro capítulo deste trabalho, uma definição conceitual de direito penal e política criminal, podendo observar que, em razão de a política criminal brasileira ser limitada, é dita *política penal*, apenas, sendo que o programa oficial brasileiro de controle do crime e da criminalidade se justifica através dos objetivos *declarados*, atribuídos à pena

criminal, de retribuição da culpabilidade e de prevenção geral e especial (teoria unificada).

Também neste primeiro capítulo, iremos percorrer, ainda que superficialmente, o quadro genérico de desenvolvimento da criminologia, que pode ser delineada em três principais vertentes, quais sejam, as teorias conservadoras, as teorias liberais e a criminologia radical.

Ainda, iremos apresentar a definição de ideologia que cabe no contexto analisado no presente trabalho, demonstrando que as interações entre direito e sociedade ocorrem de forma ideológica, sendo que este serve, de fato, como instrumento de manutenção do *status quo*, tendo suas características determinadas pelo objetivo de desenvolver técnicas eficazes de controle social.

Resgataremos ao fim do primeiro capítulo, a relação entre a produção, fenômeno que teve ascensão com a revolução industrial, e o cárcere, que teve sua importância acentuada nesta mesma fase, quando a pena privativa de liberdade passou a ser considerada a principal forma de punição delitiva.

Feitas essas considerações preliminares, partiremos, no segundo capítulo, à análise do discurso jurídico sobre os fins da pena, expondo os principais esforços teóricos realizados a fim de justificar o poder punitivo do estado, que culminaram nas funções de retribuição da culpabilidade e prevenção geral e especial.

Ao cabo do terceiro e último capítulo, analisaremos o discurso criminológico sobre os fins da pena, por sua vez dividido em teoria negativa/agnóstica da pena e teoria materialista/dialética da pena, responsáveis pela desconstrução do discurso *oficial* sobre os fins da pena.

Feitas essas considerações, passemos ao estudo do tema proposto.

1 DIREITO PENAL, POLÍTICA CRIMINAL E CRIMINOLOGIA

Primeiramente, antes de se iniciar a análise das finalidades da pena criminal, bem como do discurso jurídico que as fundamenta, faz-se necessário delinear, ainda que brevemente, a distinção dos conceitos de direito penal, política criminal e criminologia, e expor seu possível entrelace, cujo recorte será explorado ao longo deste trabalho.

1.1 Direito Penal, Política Criminal e *Política Penal*

Costuma-se entender o próprio direito penal como o “sistema de normas que define crimes, comina penas e estabelece os princípios de sua aplicação”¹. Tal sistema de normas aliado a escolhas ideológicas culminam em determinada política criminal, de matriz mais ou menos democrática, o que pode ser determinado por meio da análise das funções atribuídas à pena criminal.

Hans-Heinrich Jescheck destaca que o Direito Penal possui importância fundamental nas relações humanas, como ordem de paz e proteção da convivência humana.²

A política criminal, por sua vez, consiste no projeto de objetivos, procedimentos e métodos que o Estado adota a fim de prevenir e reprimir a criminalidade, o que deveria incluir, além de todos os instrumentos normativos disponíveis, tais como a lei penal, a lei processual penal e a lei de execução penal, políticas públicas de emprego, moradia, educação *etc.*

Ocorre que, a política criminal brasileira não inclui tais políticas públicas que poderiam amenizar as condições sociais adversas da parcela da população excluída do mercado de trabalho – e, desse modo, buscar a transformação da realidade social – limitando-se a existir, de fato, de acordo com o professor Juarez Cirino dos Santos, como mera *política penal*. *In literis*:

[...] a política criminal do Estado exclui políticas públicas de emprego, salário digno, escolarização, moradia, saúde e outras medidas complementares,

¹CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral*, p. 453.

²JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*, p.1.

como programas oficiais capazes de alterar ou reduzir as condições sociais adversas da população marginalizada do mercado de trabalho e dos direitos de cidadania, definíveis como determinações estruturais do crime e da criminalidade; por isso, o que deveria ser a política criminal do Estado existe, de fato, como simples política penal [...].³

Assim, o programa oficial de controle social do crime e da criminalidade limita sua atuação na realização dos três níveis sucessivos da política penal do Estado: *definição de crimes, aplicação de penas e execução penal*.⁴

Insta salientar também que a política criminal é uma interpretação, com consequências práticas, dos valores adotados pelo legislador, servindo como “ponte” entre o Estado e a sociedade civil, não apenas pelo fato de definir o tratamento que será dado aos que vierem a cometer crimes, como por lançar no imaginário coletivo a base ideológica que justifica, fomenta e reproduz tal política.

Destaque-se que na própria definição do conceito de política criminal (“*programa oficial para enfrentar o problema do crime e da criminalidade*”⁵) já se pode observar a atual postura brasileira escolhida para o enfrentamento da questão criminal: *prevenir* e *reprimir* (funções presentes no discurso oficial de prevenção geral e especial e que legitimam tal discurso), para *enfrentar* (que desvela, na verdade, o caráter punitivo da pena).

Assim, a política *penal* brasileira tem como representante central o Código Penal, cujo principal instrumento, por sua vez, são as penas criminais, cujas *funções declaradas*⁶ se dividem em: retribuição da culpabilidade, prevenção especial e prevenção geral.⁷

Na análise do discurso jurídico penal interessa-nos não o estudo das penas criminais em espécie, mas o estudo das funções que são a elas atribuídas, vez que um dos objetivos deste trabalho é justamente analisar tais funções, na medida em que o discurso não oficial da pena é desvelado, pois, “na atualidade, o estudo das funções atribuídas às penas criminais mostra o grau de esquizofrenia dos programas de política criminal, em geral, porque discurso penal e realidade da pena caminham

³CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral*, p. 453.

⁴CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral*, p. 453.

⁵CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral*, p. 453.

⁶CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral*, p. 454

⁷CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Política Criminal: realidades e ilusões do discurso penal*, p. 1.

em direções contrárias”⁸, e é justamente esta “disparidade” entre discurso e realidade que se deseja explorar nesta pesquisa.

Cumprе ressaltar, também, já de início, que este trabalho pugna por uma opção de política criminal de matriz democrática, erigida sobre valores constitucionais e ideais fraternos e emancipatórios, que recepcione direitos humanos e caminhe no sentido da realização de significativas mudanças no cárcere e da despenalização.

1.2 Criminologia: Teorias Tradicionais e Criminologia Radical

A criminologia surge, no Brasil, em um contexto de reforma das instituições penais, e de intensa normalização.

O discurso criminológico foi, de acordo com a professora Cristina Rauter, mais do que apenas a importação cultural de ideias desvinculadas das práticas sociais, “um fenômeno capaz de produzir efeitos concretos, que resultaram no reaparelhamento do Estado, ampliando seus dispositivos de controle e repressão.”⁹

Isso tanto é verdade que o Brasil, seguindo uma tendência mundial, também passou a desenvolver esforços teóricos para justificar o poder punitivo do Estado, seguindo as mesmas linhas teóricas que culminaram na atribuição das funções de retribuição, prevenção geral e especial, à pena criminal, que serão a seguir resgatadas.

O movimento teórico radical do estudo da criminalidade, do desvio e do controle social surge em um contexto de grandes mudanças nas estruturas econômicas e políticas das sociedades ocidentais, de modo que tais mudanças estão diretamente ligadas à ideologia das argumentações teóricas desenvolvidas nesse período.¹⁰

A criminologia possui várias vertentes, tendo passado, ao longo dos anos, por vários paradigmas. De um modo geral, desenhando-se um quadro genérico desse desenvolvimento, cumpre realizar uma breve definição das características

⁸CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Política Criminal: realidades e ilusões do discurso penal*, p. 1.

⁹RAUTER, Cristina. *Criminologia e Subjetividade no Brasil*, p. 24.

¹⁰CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A Criminologia Radical*, p.1.

eminentes das principais linhas teóricas criminológicas, na divisão de Juarez Cirino dos Santos: as teorias conservadoras, as teorias liberais e a criminologia radical.¹¹

As teorias criminológicas conservadoras (teorias clássicas e positivistas biológicas) são caracterizadas, especialmente, pelo fato de a ordem estabelecida ser o parâmetro para o estudo do comportamento criminoso. Tudo o que não se encaixa na ordem preestabelecida representa uma ameaça, que deve ser neutralizada. Tais teorias têm, por isso, um caráter repressivo, com o significado prático de legitimação da ordem social desigual.¹²

Já as teorias criminológicas liberais (teorias positivistas sociológicas e as fenomenologias do crime) caracterizam-se pela prescrição de reformas; ou seja, realizam estudos sociológicos com a finalidade de identificar e sugerir mudanças institucionais e sociais capazes de prevenir o comportamento antissocial.¹³

Ideologicamente, no entanto, as duas correntes se aproximam pela ideia de que a *maioria* do comportamento social é a que se ajusta aos parâmetros normativos, tido como *convencional*, direcionando, dessa forma, o estudo para a *minorias criminosas*, que teria comportamento *não-convencional*, constituído pelo crime e pelo desvio, sem, no entanto, questionarem a estrutura social.¹⁴

Em 1973, com a publicação do trabalho coletivo de TAYLOR, WALTON e YOUNG, *The New Criminology*¹⁵, uma nova concepção materialista histórica – que estuda o crime e os sistemas que o controlam como fenômenos enraizados nas contradições de classe e de formações econômico-sociais particulares, estruturada pelo modo de produção dominante – passa a se formar e a ganhar força: trata-se da criminologia radical.¹⁶

A criminologia radical define as estatísticas criminais como produtos da luta de classes nas sociedades capitalistas, orientando a pesquisa da criminologia para a base econômica e para as relações de poder da sociedade, que eram, até então, excluídas da criminologia tradicional.¹⁷

¹¹CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A Criminologia Radical*, p. 3.

¹²CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A Criminologia Radical*, p. 3.

¹³CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A Criminologia Radical*, p. 3.

¹⁴CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A Criminologia Radical*, p. 4.

¹⁵Traduzido para o português como, “A Nova Criminologia”.

¹⁶CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A Criminologia Radical*, p. 6-8.

¹⁷CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A Criminologia Radical*, p. 13-14.

O compromisso primário da criminologia radical é, de um modo geral, com a “abolição das desigualdades sociais em riqueza e poder”¹⁸. Tal corrente teórica professa, ainda, que a solução para o problema do crime depende da eliminação da exploração econômica e da opressão política de classe, sendo que a condição necessária para tanto é a transformação socialista.¹⁹

1.3 Ideologia e Direito Penal

A estrutura e a forma de funcionamento do sistema penal têm a ideologia como elemento que lhes é inerente, assim como o sistema penal é, em geral, inerente à estrutura e ao funcionamento do direito abstrato moderno.²⁰

Sobre a ideologia, afirmam Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli:

Quando nos referimos a qualquer campo do saber, é inevitável que se manifeste como uma ideologia. Mas um sistema de ideias não se apresenta isolado de outros sistemas mais amplos e cada um deles é gerado em uma estrutura social que o instrumenta, fomenta ou descarta.²¹

Os discursos ideológicos são elaborados para ocultar e dar credibilidade ao papel que o direito penal e seus institutos (inclusive a pena criminal) desempenham na legitimação do poder.²²

Nesse viés, o termo ideologia ganha, por vezes, significado negativo, conforme utilizado por Karl Marx, referindo-se à falsa consciência, “que legitima instituições sociais atribuindo-lhes funções ideais diversas das realmente exercidas”.²³ No contexto aqui exposto, tal definição se aplica por serem a crítica do “discurso ideológico” e a exposição das reais funções da pena criminal, necessárias à humanização e democratização do sistema penal.

Ainda nesse sentido, de acordo com o professor Alessandro Baratta, as relações produtivas e sociais, na sociedade capitalista moderna, são juridicamente

¹⁸CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A Criminologia Radical*, p. 36.

¹⁹CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A Criminologia Radical*, p. 36.

²⁰BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*, p. 213.

²¹ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*, p. 241.

²²HARTMANN, Helen. *Finalidades da Pena Criminal: uma análise crítica*, p. 15.

²³BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*, p. 240.

mediadas de forma ideológica, tendo como consequência prática a desigualdade. *In verbis*:

[...] A forma de mediação jurídica das relações de produção e das relações sociais na sociedade capitalista moderna (o direito igual) é ideológica: o funcionamento do direito não serve, com efeito, para produzir a igualdade, mas para reproduzir e mesmo legitimar a desigualdade.²⁴

Assim, tem-se que o Direito, de um modo geral, não é, em si só, um instrumento de transformação, mas, ao contrário, de manutenção do *status quo*, de reprodução da ordem preestabelecida, chegando mesmo a afirmar a professora Cristina Rauter, que “o aparelho judiciário é a instância que possibilita e assegura as condições de exploração que um grupo de indivíduo exerce sobre outro na sociedade”.²⁵

Em um contexto histórico, as ciências humanas evoluíram, de fato, no que diz respeito à ciência jurídica, como um instrumento para o desenvolvimento de técnicas de controle social, encobrindo as relações de dominação.

O pensamento penal de cada período histórico sempre esteve intimamente ligado à estrutura social, bem como à espécie de controle social inerente a cada época.²⁶ Assim, as mudanças estruturais que marcaram cada período, naturalmente, reverberaram no discurso penal.

O período conhecido, historicamente, como Revolução Industrial – no qual se passou a adotar o incipiente modo de produção capitalista, vigente até hoje, abandonando-se, paulatinamente, o modo de produção feudal – marcou uma profunda transformação socioeconômica, que, por sua vez, acarretou mudanças culturais, que ainda hoje subsistem.²⁷

Sobre esse período de transição, elucidam Zaffaroni e Pierangeli:

Não podemos esquecer que o direito penal é uma forma de controle social e que na passagem do feudalismo ao industrialismo substituiu-se um grupo social – a nobreza – pelo dos manufatureiros, o que não foi simples nem pacífico. Os manufatureiros ou capitalistas necessitavam limitar o poder da nobreza e subtrair-se ao seu controle social. Por um lado, viam-se ameaçados pelas massas famintas deslocadas do campo e concentradas

²⁴BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*, p. 213.

²⁵RAUTER, Cristina. *Criminologia e Subjetividade no Brasil*, p. 19.

²⁶ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*, p. 242.

²⁷ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*, p. 258-259.

nas cidades, que cometiam crimes e colocavam em perigo a sua riqueza, mas, por outro, um controle social indiscriminado sobre estas massas era tarefa do Estado, que se encontrava em poder da nobreza, uma força que ela podia usar em sua própria defesa também contra eles, capitalistas. Daí que necessitassem reclamar uma medida e para isto acudissem *ideologia do contrato*²⁸, como paradigma para a resolução de qualquer conflito.²⁹

Com o desenvolvimento da sociedade burguesa, outros setores da sociedade foram também desenvolvidos: a medicina social, a escolarização de massa, a racionalização da produção, a polícia e, conseqüentemente, o desenvolvimento de sistemas carcerários e demais instâncias oficiais de controle social.³⁰

A respeito da relação inicial entre o sistema capitalista e o cárcere, destaca Alessandro Baratta:

O nexó histórico entre cárcere e fábrica, entre introdução do sistema carcerário e transformação de uma massa indisciplinada de camponeses expulsos do campo, e separados dos próprios meios de produção, em indivíduos adaptados à disciplina da fábrica moderna, é um elemento essencial para compreender a função da instituição carcerária, que nasce em conjunto com a sociedade capitalista e acompanha a sua história.³¹

Ainda, a análise da pena, em especial da pena carcerária, em uma sociedade que se pretende democrática, exige, antes de tudo, a definição da concepção de *sociedade democrática*.³²

Nas palavras de Luigi Ferrajoli, “Sociedade democrática alude evidentemente a um genérico parâmetro axiológico: o dever ser da pena em uma sociedade que desejamos ser informada dos valores de democracia”.³³

De acordo com este autor, a relação entre democracia e direito penal é bastante singular, de maneira que é no campo do direito penal que, de modo mais significativo, os limites da democracia política – compreendida como “*o poder ou a vontade do povo e, portanto, da maioria*”³⁴ – são percebidos.³⁵

²⁸Ver: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro – I*. Rio de Janeiro: REVAN, 2003, p. 532-539.

²⁹ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*, p. 260/261.

³⁰RAUTER, Cristina. *Criminologia e Subjetividade no Brasil*, p. 20.

³¹BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*, p. 166-167.

³²FERRAJOLI, Luigi. *A pena em uma sociedade democrática*, p. 31.

³³FERRAJOLI, Luigi. *A pena em uma sociedade democrática*, p. 31.

³⁴FERRAJOLI, Luigi. *A pena em uma sociedade democrática*, p. 31.

³⁵FERRAJOLI, Luigi. *A pena em uma sociedade democrática*, p. 31.

Dessa forma, pode-se deduzir que, se a sociedade estabelece e manifesta a sua vontade através da *maioria*, isso implica reconhecer a existência de uma *minoría* cuja vontade não é efetivada. Ou seja, a sociedade se divide em uma maioria, que é protegida, legítima e legitimada pelo sistema, que se contrapõe a uma minoria, marginalizada e submissa.

Na esfera penal, essa divisão entre maioria e minoria se torna perigosa, vez que induz o desenvolvimento do direito penal como um instrumento de *defesa social*, isto é, enquanto instrumento de defesa da maioria que se autointitula *não desviada*.³⁶

Nesse contexto, afirma Ferrajoli:

[...] é claro que o parâmetro da máxima utilidade possível dos não “desviados”, não só não oferece critérios para limitar ou minimizar as aflições da pena, mas, ao contrário aponta critérios para maximizá-las. A ideia da defesa social, dizia há um século Francisco Carrara, tem como êxito inevitável o terrorismo penal.

Revisitando-se os fundamentos da criminologia, cujo reexame é necessário à própria crítica desta ciência mesma, por meio da análise de seus precedentes históricos, faz-se necessário destacar a Ideologia da Defesa Social, nascida em meio à revolução burguesa³⁷, e cuja influência ainda hoje se manifesta nas teorias que embasam o atual sistema penal nacional e compõem o imaginário coletivo da população.

Sistematizando a Ideologia da Defesa Social, o professor Alessandro Baratta elenca seis princípios basilares: princípio da legitimidade; princípio do bem e do mal; princípio da culpabilidade; princípio da finalidade ou da prevenção; princípio da igualdade e, por fim, princípio do interesse social e do delito natural.³⁸

De acordo com este autor, o (i) princípio da legitimidade, presente na Ideologia da Defesa Social, determina que o Estado, enquanto manifestação da sociedade,

está legitimado a reprimir a criminalidade, da qual são responsáveis determinados indivíduos, por meio de instâncias oficiais de controle social (legislação, polícia, magistratura, instituições penitenciárias). Estas interpretam a legítima reação da sociedade, ou da grande maioria dela,

³⁶FERRAJOLI, Luigi. *A pena em uma sociedade democrática*. In: Discursos Sediciosos, p. 31.

³⁷BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*, p. 41.

³⁸BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*, p. 41.

dirigida à reprovação e condenação do comportamento desviante individual e à reafirmação dos valores e das normas sociais.³⁹

Já o (ii) princípio do bem e do mal versa que “o delito é um dano para a sociedade. O delinquente é um elemento negativo e disfuncional do sistema social”⁴⁰. Na teoria da Defesa Social, “o desvio criminal é, pois, o mal; a sociedade constituída, o bem”.⁴¹

O (iii) princípio da culpabilidade, a seu turno, determina que “o delito é a expressão de uma atitude interior reprovável, porque contrária aos valores e às normas, presentes na sociedade mesmo antes de serem sancionadas pelo legislador”.⁴² Assim, o delito não derivaria da lei, mas de uma “ordem natural”, anterior à norma positivada e por todos apreensível, o que contrapõe, inclusive, o delinquente à sociedade, afastando, ainda, a possibilidade de eventual escusa por desconhecimento da lei.

O (iv) princípio da finalidade ou da prevenção, por sua vez, indica que a pena possui, além da função de retribuir, também a função de prevenir o crime. Desse modo, “como sanção abstratamente prevista pela lei, tem a função de criar uma justa e adequada contramotivação ao comportamento criminoso. Como sanção concreta, exerce a função de ressocializar o delinquente”.⁴³

De acordo com o (v) princípio da igualdade, na Ideologia da Defesa Social “a criminalidade é violação da lei penal e, como tal, é o comportamento de uma minoria desviante. A lei penal é igual para todos. A reação penal se aplica de modo igual aos autos de delitos”.⁴⁴

Por fim, segundo o (vi) princípio do interesse social e do delito natural, a criminalização visa à defesa de interesses fundamentais. Nas palavras de Alessandro Baratta:

[...] o núcleo central dos delitos definidos nos códigos penais das nações civilizadas representa ofensa de interesses fundamentais, de condições essenciais à existência de toda sociedade. Os interesses protegidos pelo direito penal são interesses comuns a todos os cidadãos. Apenas uma pequena parte dos delitos representa violação de determinados arranjos

³⁹BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*, p. 42.

⁴⁰BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*, p. 42.

⁴¹BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*, p. 42.

⁴²BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*, p. 42.

⁴³BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*, p. 42.

⁴⁴BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*, p. 42.

políticos e econômicos, e é punida em função da consolidação destes (delitos artificiais).⁴⁵

Ainda, de acordo com este mesmo autor, não obstante a pesquisa empírica demonstre que as instituições carcerárias são estruturalmente impossibilitadas de cumprir as funções de reeducação e reinserção social do preso, “legitimado pela ideologia da defesa social, o direito penal contemporâneo continua a autodefinir-se como direito penal de tratamento”.⁴⁶

Outrossim, afirma o professor Salo de Carvalho:

[...] na atualidade, a resposta estatal ao desvio punível adquire, cada vez mais, uma função de neutralização dos inconvenientes, operando, sob uma perspectiva econômica, na gestão da miséria e da exclusão social. Não obstante, agregando à pena a exigência de autoconservação do sistema político, as doutrinas funcionalistas potencializarão este quadro, fornecendo eficaz discurso de justificação ao ‘eficientismo penal’.⁴⁷

Assim, conclui-se que, mais do que as finalidades manifestas de retribuição e de prevenção, o Estado se utiliza do Direito Penal, e mais especificamente da criminalização, como um instrumento político-econômico para gerir a miséria e a exclusão social.

⁴⁵BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*, p. 42-43.

⁴⁶BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*, p. 168.

⁴⁷CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*, p. 219.

2 O DISCURSO JURÍDICO SOBRE OS FINS DA PENA

No capítulo antecedente, realizamos uma breve introdução acerca do conceito de direito penal, da diferenciação entre política criminal e política penal, situando tais institutos, ainda que superficialmente, dentro do quadro abrangente das estratégias de controle social, das quais são espécie.

Também, delineamos um quadro genérico da teoria criminológica, dividindo-a em três principais vertentes, das quais expusemos as principais características: as teorias conservadoras, as teorias liberais e a criminologia radical.

Ainda, destacamos a ideologia como elemento inerente à estrutura e à forma de funcionamento do sistema penal, que lhe determina o tom e o confere ou não legitimidade, sendo que, neste capítulo, pretendemos percorrer o discurso jurídico oficioso, responsável pela atribuição de fins utilitários à pena criminal.

Pois bem, o discurso jurídico sobre os fins da pena é responsável pela atribuição das funções manifestas de retribuição, de prevenção geral e de prevenção específica à pena criminal.

De acordo com Hans-Heinrich Jescheck, o Direito Penal realiza sua tarefa de defesa da sociedade punindo as infrações jurídicas já cometidas, possuindo, nesse sentido, natureza repressiva; ou prevenindo delitos futuros, tendo, nesse aspecto, natureza preventiva.⁴⁸

Contemporaneamente, é possível observar a austerização da pena criminal, especialmente da privativa de liberdade, que representa, em verdade, uma estratégia de segregação punitiva. Nesse sentido, assevera a professora Katie Argüello:

Em face da incapacidade de apresentar soluções aos problemas coletivos, as elites políticas, que já não podem prometer uma existência estável aos seus cidadãos, podem ao menos desviar o foco das incertezas individuais sobre como garantir os meios de vida para uma preocupação desatinada com a segurança pública. [...] À direita e à esquerda, os discursos se assemelham: quase todos preconizam a construção de mais prisões, o aumento do número de policiais nas ruas, leis mais rigorosas, enfim, a implacabilidade com o crime, como se aí estivesse a verdadeira raiz de toda a insegurança que necessita ser extirpada.⁴⁹

⁴⁸JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*, p. 3.

⁴⁹ARGÜELLO, Katie. *Do Estado social ao Estado penal: invertendo o discurso da ordem*, p. 4.

Assim, conclui-se que a disseminação do sentimento de insegurança e vulnerabilidade, que enseja o recrudescimento da pena criminal é, na verdade, apenas uma maneira de desviar a atenção dos reais problemas sociais.

A pena privativa de liberdade nasce, na sociedade capitalista, como a principal forma de sanção penal, pois, como bem questionou Michel Foucault: “Como não seria a prisão a pena por excelência numa sociedade em que a liberdade é um bem que pertence a todos da mesma maneira e ao qual cada um está ligado por um sentimento 'universal e constante'?”⁵⁰

A aplicação da pena carcerária priva o sujeito do convívio de familiares e amigos, afasta-o do trabalho, estigmatiza-o como “criminoso”, além de despojá-lo de simples prazeres (ir ao cinema, andar de bicicleta *etc.*). Tudo será negado ao apenado, o que leva o professor Claus Roxin a afirmar que, “[...] A imposição de uma pena privativa de liberdade é, portanto, a intervenção mais forte na liberdade do indivíduo autorizada ao Estado pelo ordenamento jurídico, que muitas vezes, assombra toda a vida subsequente do condenado.”⁵¹

Assim, a pena carcerária, ao representar a restrição da liberdade – um direito universalmente consagrado – aparece como o meio hábil para, supostamente, realizar as finalidades de retribuir a culpabilidade; ou, também, para prevenir, por ser uma experiência com finalidades, em tese, pedagógicas, a reiteração, por parte do próprio indivíduo, conduta criminosa; ou, ainda, para prevenir (ou coibir) a prática criminosa, por parte de toda a sociedade, por meio do exemplo e da crença na certeza da punição.

2.1 As teorias retributivas de culpabilidade

A concepção retributiva da pena surge num contexto de transição do Estado absolutista – no qual a identidade do soberano, cujo poder lhe era concedido, segundo se afirmava, por Deus, confundia-se com o próprio Estado – para o Estado burguês – que, por sua vez, baseava-se na teoria do *contrato social*, segundo a qual o Estado seria *uma expressão soberana do povo*.⁵²

⁵⁰FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*, p. 196.

⁵¹ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. *Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal*, p. 4.

⁵²BITENCOURT, César Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*, p. 86.

Assim, tal teoria se fundamenta, especialmente, na crença de que sem a pena a convivência social não seria possível. Desse modo, a pena seria uma “grave e imprescindível necessidade social”.⁵³

No Estado absolutista, não apenas a figura do rei e do Estado se misturavam, como teologia e política também se confundiam entre si, de modo que, para serem aceitas, as ideias necessitavam de uma justificação religiosa. Assim, nesse contexto de remanescente influência religiosa advinda do *Ancien Régime*, a pena representava um “castigo com o qual se expiava o mal (pecado) cometido”.⁵⁴

Já no Estado burguês, de forte intensificação do mercantilismo e de ascensão da classe burguesa, a pena – para a qual se buscava, então, uma justificativa mais cientificista, em razão das idéias iluministas que emergiam da nova ordem estatal – passou a ser concebida como uma maneira de restaurar a *ordem jurídica interrompida*. Nas palavras de Jescheck, a pena seria

[...] a retribuição à perturbação da ordem (jurídica) adotada pelos homens e consagrada pelas leis. A pena é a necessidade de restaurar a ordem jurídica interrompida. À expiação sucede a retribuição, a razão Divina é substituída pela razão de Estado, a lei divina pela lei dos homens.⁵⁵

Ainda de acordo com este autor, o ideal de retribuição, atualmente, determina que a pena deve ser equivalente ao injusto culpável, adequando-se ao princípio da justiça distributiva.⁵⁶

Nesse sentido, também, afirma Claus Roxin:

[...] não é às finalidades sociais que a pena serve em primeiro lugar, mas sim à idéia de justiça. É preciso que haja pena para que a justiça reine sobre a terra! Essa teoria tem uma grande vantagem para a aplicação prática, impondo uma barreira ao poder de intervenção estatal, uma vez que a pena nunca pode ser mais severa do que o que corresponda à culpa do agente. Seria, pois, inadmissível – posto que ultrapassaria a compensação da culpa – impor uma pena muito alta em razão de um pequeno delito visando a finalidade de intimidação.⁵⁷

Ou ainda, nas palavras do professor Eugenio Raúl Zaffaroni, “[...] as teorias absolutas (cujo modelo é Kant, tendem a a) retribuir b) para garantir externamente a

⁵³BITENCOURT, César Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*, p. 84

⁵⁴BITENCOURT, César Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1*, p. 85.

⁵⁵BITENCOURT, César Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1*, p. 86.

⁵⁶BITENCOURT, César Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1*, p. 86.

⁵⁷ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. *Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal*, p. 9.

eticidade c) quando uma reação objetivamente a contradiga d) infligindo um sofrimento equivalente ao injustamente produzido (talião)”⁵⁸

Entre os principais representantes da teoria retributiva da pena estão Kant e Hegel. Enquanto este apresenta uma fundamentação teórica de ordem jurídica, aquele apresenta uma fundamentação de ordem ética.⁵⁹

Nas palavras do professor Doutor Juarez Cirino dos Santos:

[...] KANT (1724-1804) define a justiça retributiva como *lei inviolável*, um *imperativo categórico* pelo qual *todo aquele que mata deve morrer*, para que cada um *receba o valor de seu fato e a culpa do sangue* não recaia sobre o povo que não puniu seus culpados; HEGEL (1770-1831) define crime como *negação do direito* e pena como *negação da negação* e, portanto, como *reafirmação* do direito – uma antecipação de dois séculos de prevenção geral positiva de JAKOBS, da pena como afirmação da validade da norma -, considera a justiça retributiva a única digna do ser humano: criticou a teoria da coação psicológica de FEURBACH (1775-1833), porque não tratava o homem como ser *'dotado de honra e liberdade'*, mas como um cão ameaçado com um bastão.⁶⁰

Assim, seja como retribuição pelo pecado cometido, ou como compensação pela culpabilidade, a teoria retributiva da pena foi criticada pelos adeptos da teoria da prevenção especial ou geral devido, justamente, ao seu caráter pouco democrático e não científico.

Além disso, a adoção dessa teoria traz consigo, de acordo com Claus Roxin, outras duas desvantagens:

Em primeiro lugar, ela exige, em nome da idéia de uma justiça – que, sobre a Terra, apenas pode ser concretizada de modo insuficiente –, uma pena correspondente à culpa mesmo nas situações em que, no caso concreto, a punição não é necessária para a preservação da paz social, apresentando até mesmo efeitos socialmente nocivos, o que contraria a função do Direito Penal, que se limita à proteção de bens jurídicos. Em segundo lugar, a idéia de retribuição não transmite para a execução penal nenhum conceito apropriado a possibilitar ao agente uma vida livre de pena no futuro, apenas conduz ao ressentimento e à insensibilização, favorecendo, portanto, a reincidência ao invés de preveni-la.⁶¹

⁵⁸ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*, p. 115.

⁵⁹BITENCOURT, César Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1*, p. 87.

⁶⁰CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral*, p. 456-457.

⁶¹ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. *Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal*, p. 09-10.

A pena com finalidades retributivas representava ora um ato de fé, enquanto compensação por um pecado cometido, ora um ato de latente vingança, com raízes na lei de talião, expressa na máxima, “*olho por olho, dente por dente*”.⁶²

Em ambos os casos, as finalidades se afastavam dos ideais democráticos e científicos com os quais se pretendia fomentar o Estado, assim como contrariava os princípios do próprio Direito Penal.

2.2 As teorias preventivas da pena

As teorias da prevenção, de acordo com o professor Zaffaroni, dividem-se em quatro principais vertentes:

I) Teorias da prevenção geral negativa – que têm como principais representantes FEUERBACH e ROMAGNOSI, e objetivam dissuadir da prática de condutas criminosas os cidadãos que ainda não delinquiram a fim de a) proteger os direitos da futuras vítimas; ou b) assegurar a obediência ao Estado; ou, ainda c) tanto uma, quanto a outra.⁶³

II) Teorias da prevenção geral positiva – representadas por WELZEL (perspectiva eticizante) e JAKOBS (perspectiva sistêmica), cujas teorias pretendem, respectivamente, conservar e fortalecer os valores éticos e sociais dos cidadãos; e criar consenso social por meio do reforço na crença da sociedade no sistema social.⁶⁴

III) Teorias da prevenção especial negativa – representadas por GAROFALO, pretendem preservar o organismo social de eventuais disfunções, por meio da eliminação ou neutralização das pessoas que, por possuírem uma inferioridade biopsicossocial, vierem a atingi-lo.⁶⁵

IV) Teorias da prevenção especial positiva – representadas por FERRI, VON LISZT e ANCEL, objetivam reparar uma inferioridade perigosa no indivíduo,

⁶²CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral*, p. 456.

⁶³ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*, p. 115-116.

⁶⁴ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*, p. 116.

⁶⁵ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*, 116.

para ressocializá-lo, reeducá-lo, reinseri-lo *etc.*⁶⁶ Já nas versões moralizantes, representadas por RÖDER, a pena possui a função de melhorar moralmente o indivíduo, a fim de que a sociedade e a humanidade sejam, de um modo geral, impulsionadas em seu progresso ético.⁶⁷

2.2.1 Teorias da prevenção geral negativa

Segundo a teoria da prevenção geral negativa, expressa na “teoria da coação psicológica” de Feuerbach⁶⁸, a pena criminal teria a função utilitária de dissuadir e intimidar, através da ameaça, aqueles que ainda não delinquiram e podem se sentir instigados a cometer delitos.

Tal teoria se fundamenta na premissa de que o infrator, sujeito racional – segundo uma concepção mecânico-racional do humano – realizaria uma análise de custo-benefício, num contexto de lógica mercadológica, objetivando a maximização do benefício decorrente de sua conduta por sobre o custo.⁶⁹ Ou seja, “a ameaça da pena deveria motivar o sujeito a não cometer crimes”.⁷⁰

Nas palavras de Claus Roxin, na teoria da prevenção geral, genericamente, a pena deve, primordialmente, “motivar a coletividade para um comportamento de fidelidade jurídica”⁷¹. Ainda, de acordo com este autor:

Isso pode ocorrer de forma negativa pela dissuasão da população em relação à prática de fatos semelhantes por meio da cominação de imposição e execução da pena, ou de forma positiva, formando-se a

⁶⁶As chamadas *ideologias re* (reeducação, reinserção, ressocialização *etc.*).

⁶⁷ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*, p. 116.

⁶⁸Feuerbach sustenta, através da chamada Teoria da Coação Psicológica, que o problema da criminalidade poderia ser solucionado pelo Direito Penal por meio (i) da cominação penal – quando os cidadãos tomariam ciência de quais condutas seriam criminalizadas, importando numa reação estatal (pena), e depois, (ii) através da aplicação da pena cominada – quando, de fato, cumprir-se-ia a ameaça previamente realizada. Assim, a pena seria para Feuerbach “*uma ameaça da lei aos cidadãos para que se abstenham de cometer delitos, é, pois, uma “coação psicológica” (...)*”. Ver: BITENCOURT, César Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1*, p. 93.

⁶⁹ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*, p. 116.

⁷⁰BITENCOURT, César Roberto. *Tratado de Direito Penal Parte Geral*, p. 94.

⁷¹ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. *Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal*, p. 11.

consciência jurídica do cidadão e determinando-se seu comportamento social, desde o início, por meio de proibições e mandamentos jurídicos.⁷²

Roxin afirma que a principal vantagem desta teoria é o fato de que ela visa à *paz jurídica da coletividade*, sendo que a manutenção dessa paz é o principal escopo do Direito Penal.⁷³

Ocorre que, da observação da realidade social, concluiu o professor Eugenio Raul Zaffaroni, que a *criminalização pretensamente exemplarizante*, perseguida por esse discurso, seguiria, no que diz respeito aos crimes de finalidades lucrativas, “a regra seletiva da estrutura punitiva: recairia sempre sobre os vulneráveis”⁷⁴, chegando mesmo a afirmar este autor que:

Uma criminalização que seleciona as obras toscas não exemplariza dissuadindo do delito, mas sim da inabilidade em sua execução: estimula o aperfeiçoamento criminal do delinquente ao estabelecer o maior nível de elaboração delituosa como regra de sobrevivência para quem delinque. Não tem efeito dissuasivo, mas propulsor de maior elaboração delituosa.⁷⁵

Assim, o fato de o sistema penal selecionar sempre o mesmo grupo de vulneráveis, bem como referir-se aos delitos que estes costumam cometer, obriga-os a se especializar no cometimento do crime, melhorando as técnicas de sua execução, como requisito de sobrevivência do delinquente.

Ainda, no que diz respeito aos demais tipos mais graves de criminalidade (que não necessariamente os de finalidade lucrativa), o professor Zaffaroni afirma que o efeito dissuasório parece fazer ainda menos sentido, vez que tais crimes são comumente praticados por pessoas que não se sentem intimidadas pela ameaça da pena (invulneráveis) ou que sequer a levam em consideração (fanáticos); também não se comprova o efeito da dissuasão sobre aqueles que cometem delitos visando à obtenção de grandes ganhos patrimoniais (mercenários) ou, ainda, aqueles que

⁷²ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. *Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal*, p. 11.

⁷³ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. *Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal*, p. 11-12.

⁷⁴ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*, p. 117

⁷⁵ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*, p. 117.

cometem delitos em circunstâncias que não permitem a prévia reflexão quanto às consequências penais (homicídios dolosos) *etc.*⁷⁶

Assim, na prática, vê-se que o temor que se pretendia infligir ao delinquente diante da ameaça da pena é insuficiente para convencê-lo à não realização do delito, especialmente quando se tem em conta outro fator psicológico do agente, qual seja, a sua confiança em não vir a ser descoberto.⁷⁷

É sabido que há casos em que, de fato, a ameaça da pena é motivação suficiente a frear o impulso delitivo, especialmente em crimes de menor potencial ofensivo, ocorre que, mesmo nestes casos, não se pode atribuir à função da prevenção especial o crédito pela não ocorrência do delito, dado o fato de que muitas outras motivações de caráter ético, moral, cultural e afetivo podem ser a razão para que os indivíduos evitem as condutas lesivas.⁷⁸

Desse modo, conclui Zaffaroni que: “não é a prevenção geral negativa que dissuade as pessoas ou conserva a sociedade: trata-se, sim, de uma *ilusão do penalismo* que identifica direito penal com cultura”.⁷⁹

Além disso, há ainda consequências de ordem política, que dizem respeito à “autorização implícita” que essa teoria concede para imposição de penas sempre mais graves, já que a medida da pena é aquela necessária ao cumprimento da sua finalidade de dissuasão, finalidade esta, conforme já comentado, infactível em sua totalidade.

Dessa maneira, aos delitos sempre se imporia penas cada vez mais graves, dado o fato de que o objetivo da pena seria a intimidação, não daqueles que praticaram os delitos e que de fato sentirão as dores e consequências da pena, mas dos indivíduos não delinquentes, dos quais se deseja a abstenção ao cometimento de crimes, pela imposição do medo.

Em decorrência disso, há ainda outro fator: “a pena não manteria qualquer relação com o conteúdo do injusto praticado, mas sim sua medida dependeria de fatos alheios”, isto é, dependeria da *capacidade de ser atemorizada da outra pessoa*

⁷⁶ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*, p.118.

⁷⁷BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal Parte Geral*, p. 94.

⁷⁸ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*, p. 118.

⁷⁹ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*, p.119.

– o que levaria a nada mais do que um *terrorismo estatal*, diante da não limitação do poder punitivo.⁸⁰

Nesse mesmo sentido é a opinião do professor Claus Roxin, que afirma:

Primeiramente é muito duvidoso que a idéia de prevenção geral, da mesma forma que a de prevenção especial, não forneça uma limitação da medida da pena. A concepção “maior intimidação por meio de penas mais duras” pode facilmente levar a penas repressivas draconianas, inconciliáveis com os princípios de um Estado de Direito liberal. Em segundo lugar, uma execução da pena que objetive a intimidação da coletividade, a qual serve ao mesmo tempo a esta e ao condenado, poderia favorecer ainda menos a sua socialização do que uma execução de caráter retributivo. Ela infringiria até mesmo a dignidade humana e, por essa mesma razão, deve ser rejeitada.⁸¹

Em suma, a teoria da prevenção geral negativa não se sustenta perante a realidade social, além de conduzir o sistema penal a consequências que vão de encontro aos valores do estado democrático de direito.

2.2.2 Teorias da prevenção geral positiva

Ante o aparente fracasso da teoria da prevenção geral negativa, passou a se fortalecer, em meados do século XX, a ideia de que o poder punitivo teria a função de prevenção geral positiva; ou seja, a pena serviria não para dissuadir os não-delinquentes pela imposição do medo da pena, mas, como efeito positivo, para aumentar-lhes a crença no sistema penal, realizando a função de *afirmar a validade da norma penal*⁸², tendo, portanto, efeitos *simbólicos*.⁸³

Ainda, o discurso jurídico do século XX foi influenciado, no que diz respeito às idéias de segurança e de prevenção, pelos ideais do Estado Social, cujo fortalecimento se deu nessa mesma época.

⁸⁰ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*, p. 119.

⁸¹ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. *Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal*, p. 12.

⁸²CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral*, p. 462-463.

⁸³ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*, p. 121.

Nessa perspectiva, afirma Zaffaroni, “[...] o delito seria uma má propaganda para o sistema, e a pena seria a expressão através da qual o sistema faria uma publicidade neutralizante”.⁸⁴

O sistema social, de acordo com essa corrente teórica, seria sustentado pelo consenso: quando um indivíduo comete um delito, o consenso é abalado e, conseqüentemente, o sistema social também é atingido, de maneira que através da criminalização do delinquente a opinião pública seria *renormatizada*⁸⁵, reequilibrando o sistema.

Noutros termos, afirma ZAFFARONI:

[...] na prática, tratar-se-ia de uma ilusão que se mantém porque a opinião pública a sustenta, e convém continuar sustentando-a e reforçando-a porque com ela o sistema penal se mantém: ou seja, o poder a alimenta para ser por ela alimentado⁸⁶.

Assim, o delito e a criminalização teriam uma função instrumental de produzir a coesão social, através da criação do consenso, que, por sua vez, seria suscitado por meio da punição exemplar dos delinquentes.⁸⁷

Também, desse consenso decorreria outra consequência coesiva, qual seja “a satisfação pelo castigo por parte de quem conteve seus impulsos”.⁸⁸

Ainda, nessa esteira, comparando as duas versões da teoria da prevenção geral, e analisando suas consequências, afirma Zaffaroni:

Em última análise, as duas versões da prevenção geral não se encontram tão distantes: enquanto a negativa considera que o medo provoca a dissuasão, a positiva chega numa dissuasão provocada pela satisfação de quem acha que, na realidade, são castigados aqueles que não controlam seus impulsos e, por conseguinte, acha também que convém continuar controlando-os. Quanto às consequências sociais de sua lógica, a prevenção geral positiva não difere da negativa: quanto mais conflituosa for uma sociedade, em razão de sua injustiça estrutural, haverá menos

⁸⁴ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*, p. 122.

⁸⁵ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*, p. 122.

⁸⁶ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*, p. 122.

⁸⁷ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*, p. 122.

⁸⁸ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*, p. 122.

consenso, e logo maiores penas serão aplicadas para produzir o nível de consenso necessário ao sistema.⁸⁹

Ocorre que com essa perspectiva instrumental sistêmica da sociedade, na qual o sistema penal buscaria, através da criminalização, conferir uma maior credibilidade a si mesmo, o próprio sistema seria o único bem efetivamente protegido. Nesse sentido,

[...] a comunicação seria um símbolo que se usa para manter a confiança no sistema, de modo que também instrumentaliza (mediatiza) uma pessoa, utilizando sua dor como símbolo, porque o sistema deve priorizar a pessoa, tanto do autor quanto da vítima. As categorias de análise jurídica se esvaziariam; o sistema seria o único bem jurídico realmente protegido; o delito não seria um conflito que lesiona bens jurídicos, ou apenas o seria à medida que fosse um signo da lesão à confiança no sistema, embora não afetasse os direitos de ninguém.⁹⁰

Cumprе ressaltar também, no que diz respeito à teoria da prevenção geral positiva, que além da concepção sistêmica, desenvolveu-se, anteriormente, outra concepção dita *eticizante*, segundo a qual o *poder punitivo* seria capaz de fortalecer “os valores ético-sociais (isto é, o valor de atuar de acordo com o direito) mediante o castigo para suas infrações”⁹¹.

Nesta teoria, a certeza da criminalização seria o fator coesivo, “de orientação moral”, de uniformização axiológica, que garantiria o fortalecimento efetivo de determinados valores ético-sociais.

Assim, as duas versões da teoria da prevenção geral positiva, sob a perspectiva sistêmica e eticizante, foram reunidas numa única fórmula, que define a função do direito penal como a de proteção de bens jurídicos, através da proteção de valores ético-sociais.⁹²

Sobre as consequências de se aumentar, demasiadamente, o poder das agências do sistema penal, afirma Zaffaroni:

Na prática, os valores ético-sociais se debilitam quando se reduz o controle jurídico e as agências do sistema penal ampliam sua arbitrariedade (e nela

⁸⁹ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*, p. 122-123.

⁹⁰ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*, p. 123.

⁹¹ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*, p. 124.

⁹²ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*, p. 124.

respaldadas cometem delitos), figurando o poder punitivo como pretexto para a arbitrariedade. A imagem bélica, que dissemina sensação de insegurança, a fim de que a opinião pública exija repressão e, portanto, mais poder descontrolado para as agências executivas (e menos poder limitador nas agências jurídicas) não fortalece tampouco valores sociais.⁹³

Nesta teoria, mais interessa a proteção dos valores éticos da sociedade, do que a proteção de bens jurídicos em si.

2.2.3 Teorias da prevenção especial negativa

A teoria da prevenção especial da pena, que se dirige diretamente ao indivíduo delincente, e não à coletividade, foi a teoria predominante no Direito Penal dos séculos XIX e XX, dividindo-se em prevenção especial *negativa* e *positiva*.

De acordo com a versão *negativa* dessa corrente teórica, o Estado esperava, através da *neutralização*⁹⁴ do criminoso, impedir que este viesse a cometer novos delitos, durante a execução da pena. Outrossim, nas palavras de Claus Roxin, “essa concepção considera que a finalidade da pena é impedir que o agente enquanto indivíduo cometa novos crimes”.⁹⁵

O *programa de prevenção especial* se fracionaria, então, em dois momentos: na prolação da sentença, quando o juiz, analisando o caso concreto individualizaria a pena, e depois, quando esta seria executada.⁹⁶

A função de prevenção especial negativa está ainda fortemente presente em nosso sistema penal, o que se conclui da análise do artigo 59 do Código Penal Brasileiro, Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940, que diz:

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

- I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;
- II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;
- III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

⁹³ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*, p. 124.

⁹⁴CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral*, p. 459.

⁹⁵ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. *Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal*, p. 10.

⁹⁶CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral*, p. 458.

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Assim, denota-se que a função de prevenção do crime foi explicitamente acolhida pelo sistema penal nacional, sendo, inclusive, que a medida da pena é tida como aquela *necessária e suficiente para prevenir* a ocorrência de delitos.⁹⁷

Sobre o tema, versa o professor Juarez Cirino dos Santos:

A prevenção especial *negativa* de neutralização do criminoso, baseada na premissa de que a *privação de liberdade* do condenado produz *segurança social*, parece óbvia: a chama *incapacitação seletiva* de indivíduos considerados perigosos constitui efeito evidente da execução da pena, porque impede a prática de crimes fora dos limites da prisão – e, assim, a *neutralização* do condenado seria uma das funções *manifestas* ou *declaradas* cumpridas pela pena criminal.⁹⁸

Ocorre que a função de prevenção especial negativa não se manifesta como função isolada ou exclusiva da pena, e sim, geralmente, combinada à função de prevenção especial positiva.⁹⁹

Isto pode ser observado, no caso brasileiro, da análise do artigo 1.º, da Lei de Execuções Penais, Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984, *in literis*:

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*.

Assim, verifica-se a execução visa também aos ideais de prevenção especial positiva (ressocialização do delinquente), cuja análise segue no próximo tópico.

2.2.4 Teorias da prevenção especial positiva

A versão positiva da teoria da prevenção especial busca evitar a ocorrência de crimes futuros por meio do melhoramento do próprio criminoso, ou seja, tem como finalidade a efetivação das já mencionadas *ideologias re*.

⁹⁷ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral*, p. 458.

⁹⁸ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral*, p. 458.

⁹⁹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral*, p. 459.

De acordo com Salo de Carvalho, “a perspectiva disciplinar, legitimada pelo discurso ressocializador, ingressa na esfera jurídico-penal com a crise do Estado liberal e sua gradual transmutação em Estado Social”.¹⁰⁰

Nesse contexto, o direito penal (juntamente com o processo penal) foi convocado a operar políticas de prevenção, “[...] foi instigado a ampliar seu espectro de incidência e, através dos modelos ideológicos de Defesa Social (Prins e Marc Ancel), solidificou uma política criminal individual sob a perspectiva de medidas sanitárias e educacionais [...]”.¹⁰¹

Sobre o objetivo da prevenção especial positiva, de correção do criminoso, afirma o Zaffaroni:

É insustentável a pretensão de melhorar mediante um poder que impõe a assunção de papéis conflitivos e que os fixa através de uma instituição deteriorante, na qual durante prolongado tempo toda a respectiva população é treinada reciprocamente em meio ao contínuo reclamo desses papéis. Eis uma impossibilidade estrutural não-solucionada pelo leque de *ideologias re*: ressocialização, reeducação, reinserção, repersonalização, reindividualização, reincorporação. Estas teorias encontram-se tão deslegitimadas, frente aos dados da ciência social, que utilizam como argumento em seu favor a necessidade de serem sustentadas apenas para que não se caia num retribucionismo irracional, que legitime a conversão dos cárceres em campos de concentração.¹⁰²

Teoricamente, este discurso tem como premissa o fato de a pena ser, em tese, um bem para quem a cumpre.

Assim, o Estado – que conhece o que é ou não adequado para todas as pessoas – tem o dever de *tutelar* o criminoso. Desse fator decorrem duas consequências iniciais: primeiro, se o Estado conhece o que é, ou não, bom, não é necessária a definição prévia e exaustiva do delito cometido pelo criminoso, bastando ao Estado conceder uma *indicação orientadora geral*¹⁰³; segundo, se o Estado é responsável pela tutela do delinquente “para sanar sua inferioridade”¹⁰⁴, não é necessário o contraditório ou a ampla defesa.¹⁰⁵

Sobre as consequências desse discurso, assevera autor:

¹⁰⁰CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*, p. 215.

¹⁰¹CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*, p. 216.

¹⁰²ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*, p. 126.

¹⁰³ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*, p. 127.

¹⁰⁴ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*, p. 127.

¹⁰⁵ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*, p. 127.

A analogia legal e seu correlato processual – a inquisitorialidade – seriam instituições humanitárias que superariam os preconceitos limitadores da legalidade – acusatoriedade e defesa plena –, os quais careceriam de sentido enquanto obstáculos ao bem da pena, que cumpriria uma função de defesa social ao melhorar as células, é o que interessaria em última análise. É evidente que com esse discurso o estado de direito é substituído por um estado de polícia paternalista clínico ou moral, conforme seja o melhoramento policial-biológico-materialista (positivismo criminológico) ou ético – idealista (correcionalista). Definitivamente, trata-se de uma intervenção do estado que, caso fosse factível – contrariando todos os dados sociais – consistiria numa imposição de valores na qual ninguém crê, privada de todo momento ético, desde que desconhece a autonomia própria da pessoa.¹⁰⁶

A respeito da desta função preventivo-especial da pena, Claus Roxin afirma como sua principal vantagem, o fato de ter a função social observada. Nesse sentido:

[...] sua vantagem mais decisiva em relação à teoria da retribuição reside no fato de que ela se orienta pela função social da pena, rechaçando toda e qualquer punição desnecessária ao combate da criminalidade em nome desse próprio combate e reivindicando que a pena, quando indispensável, tenha uma configuração que vise ressocializar o agente e evitar a reincidência.¹⁰⁷

Já acerca das desvantagens da teoria da prevenção especial, de um modo geral, Claus Roxin elenca dois fatores, quais sejam a ausência de um fator limitador da pena e a limitação inconveniente da punibilidade. *In verbis*:

[...] em primeiro lugar, a abordagem preventivo-especial não pode impedir que alguém seja encarcerado durante anos em razão de um fato irrelevante quando isso for considerado desejável para a reparação de seus danos de personalidade e para prevenção em relação a outro resvalo na criminalidade. Tal procedimento pode parecer, por vezes, conveniente ao combate à criminalidade. No entanto, não é útil à liberdade dos cidadãos e leva a um policiamento por parte do Estado na condução da vida particular. Em segundo lugar, a concepção preventivo-especial tende, por outro lado, a uma limitação inconveniente da punibilidade. Ocorre que para ser coerente, ela também deveria deixar impune o assassino quando não existir nenhum perigo de reincidência [...], porém isso é dificilmente aceitável se considerarmos as pessoas lesadas e a coletividade.¹⁰⁸

¹⁰⁶ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*, p. 127.

¹⁰⁷ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. *Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal*, p.10.

¹⁰⁸ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. *Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal*, p. 10-11.

Assim, tendo em vista as desvantagens apresentadas por essa teoria, somadas à inviabilidade dos programas de ressocialização bem-sucedidos até hoje desenvolvidos, a teoria da prevenção especial foi se ofuscando e perdendo fôlego¹⁰⁹.

2.3 As teorias unificadas da pena

Na tentativa de superar as debilidades individuais de cada uma das teorias, a da retribuição, a da prevenção geral e a da prevenção especial, estas foram combinadas, tendo suas funções *manifestas* fundidas entre si.

Nesse caso, esclarece Cirino dos Santos:

[...] a pena representaria (a) retribuição do injusto realizado, mediante compensação ou expiação da culpabilidade, (b) prevenção especial positiva mediante correção do autor pela ação pedagógica da execução penal, além da prevenção especial negativa como segurança social pela neutralização do autor e, finalmente (c) prevenção geral negativa através da intimidação potenciais pela ameaça penal e prevenção geral positiva como manutenção/reforço da confiança na ordem jurídica etc.¹¹⁰

Claus Roxin defende a *teoria da união* “que, pela combinação das três concepções fundamentais pretende ressaltar seus aspectos corretos e eliminar suas deficiências”.¹¹¹

Assim, a teoria unificada das penas busca aproveitar os pontos considerados coerentes de cada uma das teorias.

¹⁰⁹ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. *Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal*, p.11.

¹¹⁰CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral*, p. 464.

¹¹¹ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. *Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal*, p.12.

3 O DISCURSO CRIMINOLÓGICO SOBRE OS FINS DA PENA

A teoria da pena foi, até o momento, observada sob o ponto de vista do discurso oficial, da teoria jurídica da pena. Agora, no entanto, segue uma breve análise das funções atribuídas à pena criminal, ora realizada sob o ponto de vista do discurso crítico, da teoria criminológica da pena.

O discurso crítico da teoria criminológica da pena, de acordo com Cirino dos Santos, possui duas principais vertentes, que se diferenciam, principalmente, pelos métodos que adotam, quais sejam: a) teoria *negativa/agnóstica* da pena – fundada na dicotomia entre *estado de direito/estado de polícia*, tendo como principais autores EUGENIO RAÚL ZAFFARONI e NILO BATISTA; b) a teoria *materialista/dialética* da pena – fundada na diferenciação entre *funções reais* e *funções ilusórias* da ideologia da pena nas sociedades capitalistas, cujos principais autores são PASUKANIS, RUSCHE/KIRCHHEIMER, MELOSSI/PAVARINI e BARATTA.¹¹²

3.1 A crítica *negativa/agnóstica* da pena criminal

A teoria *negativa/agnóstica* da pena criminal se fundamenta na distinção dos modelos ideais de *estado de polícia* e *estado de direito*.

Segundo essa teoria, no modelo ideal de *estado de polícia*, a “submissão à lei é sinônimo de obediência ao governo”.¹¹³ Esse modelo de estado se caracteriza, também, por uma justiça dita *substancialista*, vez que “pressupõe que a consciência do bom pertence à classe hegemônica”,¹¹⁴ em decorrência do que, ainda, apresenta uma tendência a um direito *transpersonalista*.¹¹⁵

Por último, é dito *paternalista*, pois “[...] considera que deve castigar e ensinar a seus súditos e, inclusive tutelá-los ante as suas próprias ações autolesivas”.¹¹⁶

¹¹²CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral*, p. 466.

¹¹³ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro – I*, p. 93

¹¹⁴ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro – I*, p. 93/94

¹¹⁵ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro – I*, p. 94. Aqui, *transpersonalista* quer dizer “a serviço de algo meta-humano: divindade, casta, classe, estado, mercado etc.”

¹¹⁶ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro – I*, 94

Em resumo, afirma Juarez Cirino dos Santos, quanto ao modelo ideal de *estado de polícia*:

[...] se caracteriza pelo exercício de poder *vertical e autoritário* e pela distribuição de justiça *substancialista* de grupos ou classes sociais, expressiva de direitos meta-humanos *paternalistas*, que suprime os *conflitos humanos* mediante as funções manifestas positivas de *retribuição* e de *prevenção* da pena criminal, conforme a vontade hegemônica do grupo ou classe social no poder.¹¹⁷

Já no *estado de direito*, por sua vez, o respeito à lei “significa acatamento a regras anteriormente estabelecidas”.¹¹⁸

Também, diferentemente do estado de polícia, nesse modelo de estado pressupõe-se que a consciência do bom pertence a todos, igualmente, caracterizando-se por uma justiça *procedimental*¹¹⁹, da qual tende, ainda, a decorrer um direito *personalista*.¹²⁰

Por fim, o modelo ideal de *estado de direito* se caracteriza por ser *fraterno*, ou seja:

[...] deve respeitar todos os seres humanos por igual, porque todos têm uma consciência que lhes permite conhecer o bom e o possível, e, quando articular decisões de conflitos, deverá fazê-lo de modo a afetar menos possível a existência de cada um, conforme seu próprio conhecimento [...].¹²¹

Nas palavras do professor Juarez Cirino dos Santos, o modelo de *estado de direito* ideal, em resumo:

[...] se caracteriza pelo exercício de poder *horizontal/democrático* e pela distribuição de justiça *procedimental* da maioria, expressiva de direitos humanos *fraternos*, que resolve os *conflitos humanos* conforme regras democráticas estabelecidas, com *redução* ou *limitação* do poder punitivo do *estado e polícia*.¹²²

¹¹⁷ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro – I*, p. 93

¹¹⁸ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro – I*, p. 93

¹¹⁹ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro – I*, p. 94

¹²⁰ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro – I*, p. 94. Aqui, *personalista* quer dizer “para humanos”.

¹²¹CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral*, p. 467.

¹²²CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral*, p. 467.

Do mesmo modo, cumpre salientar que os dois modelos ideais de estado, ora *sub examine*, possuem naturezas opostas. Nesse sentido:

Frente aos conflitos, as atitudes do estado de direito e do estado de polícia são com clareza antagônicas, pois enquanto o estado de direito pretende resolver os conflitos sociais e, por conseguinte, suas agências são concebidas como provedoras de soluções, o estado de polícia deseja suprimir os conflitos e, portanto, suas agências são concebidas como realizadoras da vontade supressiva.¹²³

Outrossim, Cirino dos Santos avalia tal teoria sob dois pontos de vista que se complementam entre si, quais sejam: o científico e o político-criminal.

Sob o ponto de vista científico, este autor afirma que a teoria *negativa/agnóstica* da pena criminal, de E. R. Zaffaroni e Nilo Batista, é “[...] antes e acima de tudo, uma teoria *negativa* das funções *declaradas* ou *manifestas* da pena criminal, expressas no discurso oficial de *retribuição* e de *prevenção* geral e especial (positivas e negativas)”.¹²⁴ Também, afirma que “[...] é uma teoria agnóstica das funções reais ou latentes da pena criminal, porque renuncia à cognição dos objetivos ocultos da pena criminal, que seriam múltiplos e heterogêneos”.¹²⁵

Sob o ponto de vista político-criminal, esta teoria objetiva aumentar a segurança jurídica de todos os cidadãos, através da diminuição do poder punitivo do estado de polícia e conseqüente dilatação do estado de direito.

Sobre esta teoria, também assevera o autor:

O objetivo de *conter* o poder punitivo do *estado de polícia* intrínseco a todo *estado de direito*, proposto pela teoria *negativa/agnóstica* da pena criminal – produzida pela inteligência criativa de EUGENIO RAÚL ZAFFARONI e NILO BATISTA, comprometidos com a democracia do sistema punitivo na periferia do sistema político-econômico globalizado –, justifica a teoria *negativa/agnóstica* da pena criminal como teoria crítica, humanista e democrática do Direito Penal, credenciada para influenciar projetos de política criminal e prática jurídico-penal na América Latina.¹²⁶

Impende registrar, no entanto, que a postura agnóstica, através da qual não se reconhecem as reais finalidades da pena criminal, indica a desconsideração da função *real* da pena de manutenção das diferenças sociais e do *status quo*, como um todo, sendo que os autores dessa teoria não se mostram preocupados em

¹²³ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro – I*, p. 94-95.

¹²⁴CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral*, p. 467.

¹²⁵CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral*, p. 467-468.

¹²⁶CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral*, p. 468.

revelar os reais interesses do discurso jurídico penal, o que se mostra, em verdade, incoerente com a própria criminologia crítica.

3.2 A crítica *materialista/dialética* da pena criminal

Esta teoria foi desenvolvida pela tradição marxista em criminologia, representada, principalmente, por PASUKANIS, MELOSSI/PAVARINI, BARATTA e JUAREZ CIRINO DOS SANTOS.¹²⁷

A crítica, ora sob estudo, demonstra que a pena criminal não cumpre os objetivos determinados pelo discurso oficial, então explicitados no segundo capítulo deste trabalho, sendo que sequer tem serventia para expiar a culpabilidade, ou ressocializar o indivíduo, tampouco para intimidar a coletividade, conforme se verá adiante.

3.2.1 A pena como retribuição equivalente do crime

Resgatando a determinação histórica da função de retribuição da pena criminal, Klaus Günther afirma que “sua origem está na restituição, na reparação do dano pelo seu causador”.¹²⁸

Da lógica consagrada pela lei de talião, seguia-se que o autor do dano deveria ter tomado de si, o mesmo que este tomou da vítima, consonante com a já mencionada máxima do “olho por olho e dente por dente”.

No entanto, sobre o tema assevera o mencionado autor:

A experiência histórica da retribuição mostra que não existe equivalência real entre o bem roubado ou destruído e o bem tomado a título de retribuição. Como nenhuma retribuição corresponde exatamente àquilo que deve compensar, ela cria uma nova injustiça e com isso a demanda por uma nova retribuição.¹²⁹

¹²⁷CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral*, p. 466.

¹²⁸GÜNTHER, Klaus. *Crítica da Pena I*, p. 190-191.

¹²⁹GÜNTHER, Klaus. *Crítica da Pena I*, p. 191.

Em decorrência disso, afirma Günther, seria iniciado um “círculo de vingança”, pois a pessoa inicialmente punida poderia julgar que a punição foi maior que sua culpa, exigindo, por sua vez, uma nova reparação.¹³⁰

Nesse cenário, ainda segundo o autor, surgiria o Estado, “[...] que toma para si o papel de único responsável pela vingança e monopoliza todos os meios de violência”.¹³¹

Ao tomar para si o direito de punir (pretensão punitiva estatal), o Estado acaba por abstrair as funções iniciais da retribuição:

[...] em vez de ofensa concreta e individual a uma pessoa, a pena passa a compensar a violação de uma norma jurídica geral e, no lugar da igualdade externa de tipo ou de valor da pena em relação à ofensa, ela se apresenta com um simples símbolo de reparação da injustiça.¹³²

Assim, a pena seria responsável pela transmissão de “todo tipo de mensagens, que devem ser expressas por meio da inflição de um mal”¹³³, o que leva Günther a questionar se não haveria um modo mais brando e eficaz de negar uma injustiça¹³⁴ que não por meio da pena:

Na melhor das hipóteses, pode-se dizer que a pena com sua simbologia atual constitui uma convenção historicamente transmitida e estabilizada pelos costumes, da qual as sociedades costumam se servir regularmente quando querem comunicar esse tipo de mensagem. [...] No entanto, um exame racional da pena precisa questionar se as sociedades modernas não poderiam pensar em nada melhor do que se render a meros costumes arraigados e confortáveis.¹³⁵

O discurso crítico da teoria materialista/dialética da pena criminal, de um modo geral, objetiva desvelar a real natureza da pena criminal nas sociedades contemporâneas, ou seja, a *retribuição equivalente*.¹³⁶

Nesse sentido, Cirino dos Santos:

A teoria criminológica *materialista/dialética* introduz uma explicação política da emergência histórica do conceito jurídico-econômico da *retribuição equivalente*, como fenômeno socioestrutural específico das sociedades capitalistas: a função de retribuição equivalente da pena criminal

¹³⁰GÜNTHER, Klaus. *Crítica da Pena I*, p. 191.

¹³¹GÜNTHER, Klaus. *Crítica da Pena I*, p. 191.

¹³²GÜNTHER, Klaus. *Crítica da Pena I*, p. 191-192.

¹³³GÜNTHER, Klaus. *Crítica da Pena I*, p. 192.

¹³⁴GÜNTHER, Klaus. *Crítica da Pena I*, p. 192-193.

¹³⁵GÜNTHER, Klaus. *Crítica da Pena I*, p. 193.

¹³⁶CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral*, p. 470-471.

corresponde aos fundamentos *materiais* e *ideológicos* das sociedades fundadas na relação *capital/trabalho assalariado* porque existe como forma de *equivalência jurídica* fundada nas *relações de produção* das sociedades contemporâneas.¹³⁷

Assim, o discurso crítico é responsável pela redefinição da retribuição do discurso oficial, como *retribuição equivalente*, “[...] mostrando existir uma correspondência ideológica da retribuição equivalente com os fundamentos econômicos, políticos e jurídicos das sociedades fundadas na relação capital/trabalho assalariado”.¹³⁸

Do mesmo modo, o discurso crítico ainda demonstra que a pena, enquanto *retribuição equivalente* do crime, existe como *retribuição desigual* nas sociedades capitalistas, atuando de forma seletiva:

[...] a) no sistema legal, proteção penal seletiva de interesses e necessidades das classes sociais hegemônicas; b) no sistema de justiça criminal, repressão penal seletiva das classes sociais subalternas, realizada conforme indicadores sociais negativos de marginalização, desemprego, pobreza, etc., que ativam estereótipos, preconceitos, idiosincrasias e outras deformações ideológicas dos agentes de controle social (as chamadas *metarregras*), decidindo sobre a criminalização concreta de oprimidos sociais.¹³⁹

Diante disso, conclui-se que a pena enquanto *retribuição equivalente* do crime é legitimada dentro da lógica jurídica do capital, perdurando como punição inerente às formações sociais formadas pela relação entre capital e trabalho.¹⁴⁰

Nesse sentido, a manutenção da função de retribuição da pena criminal, seria mantida em virtude não, é claro, de uma incapacidade das sociedades contemporâneas de pensar em um modo mais eficaz de combater uma injustiça, mas por ser, ainda, “tal função”, conveniente ao sistema de justiça criminal capitalista.

3.2.2 A prevenção especial como garantia das relações sociais

¹³⁷ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral*, p. 471.

¹³⁸ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Os Discursos Sobre o Crime e a Criminalidade*, p. 4.

¹³⁹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Os Discursos Sobre o Crime e a Criminalidade*, p. 4.

¹⁴⁰ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Os Discursos Sobre o Crime e a Criminalidade*, p. 4.

Este discurso, extremamente difundido atualmente, utilizando-se das funções declaradas da prevenção especial positiva e negativa, justifica a aplicação da pena criminal com a finalidade de evitar crimes futuros.¹⁴¹

A teoria da função de prevenção especial negativa, de “neutralização do condenado mediante privação da liberdade – a *incapacitação seletiva* de indivíduos considerados perigosos”¹⁴², possui aspectos que se contradizem.

De acordo com Cirino dos Santos, há, na crítica criminológica, diversos fatores de ordem empírica que devem ser salientados.

Por primeiro, o objetivo da pena privativa de liberdade, de um modo geral, é evitar a ocorrência de delitos. Não obstante, a pena privativa de liberdade, em razão das consequências danosas provocadas pela prisão, acaba fazendo aumentar a reincidência.¹⁴³

Por segundo, a prisão traz danos sociais irreversíveis à vida do condenado, que, devido à *desclassificação social objetiva* que sofre, tem reduzidas as suas chances futuras de comportar-se conforme a lei, além de formar, subjetivamente, a *autoimagem de criminoso*.¹⁴⁴

Por terceiro, através da pena privativa de liberdade, o apenado passa por uma máxima *desintegração social*, sendo afastado de seu posto de trabalho, tendo dissolvidos todos os laços sociais e afetivos (familiares, amigos, colegas de ofício), além de sofrer a estigmatização social de ex-condenado.¹⁴⁵

Por quarto, são produzidas, pela subcultura prisional, deformações de ordem psíquicas e emocionais no apenado, excluindo a reintegração social e realizando a “*self fulfilling prophecy*, como disposição aparentemente inevitável de carreiras criminosas”.¹⁴⁶

Por quinto, são desenvolvidos estereótipos que justificam a criminalização de determinados grupos de pessoas, para a correção individual pela pena privativa de liberdade, tendo em vista a existência de indicadores sociais desfavoráveis “como pobreza, desemprego, escolarização precária, moradia em favelas etc.”. Nesse caso, a execução das penas significa “experiência subcultural de prisionalização,

¹⁴¹ HARTMANN, Helen. Finalidades da Pena Criminal: uma análise crítica, p. 38.

¹⁴² CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral*, p. 476.

¹⁴³ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral*, p. 477.

¹⁴⁴ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral*, p. 477.

¹⁴⁵ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral*, p. 477.

¹⁴⁶ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral*, p. 477.

deformação pessoal e ampliação de prognósticos negativos de futuras reinserções no sistema de controle”.¹⁴⁷

Sobre a seletividade do sistema penal e completa desconsideração da violência estrutural, versa a professora Katie Arguello:

A resposta tecnocrática ao problema da criminalidade concentra-se nos efeitos do delito (uma imagem projetada e politizada da vítima, o medo, os custos com a segurança), mais do que nas raízes estruturais (econômicas e sociais) e político-ideológicas da questão. Atacam os criminosos em vez de atacarem a violência estrutural (a desigualdade social e a pobreza), razão da definição e seleção de determinados indivíduos como tais, simultaneamente à imunização de outros [...].¹⁴⁸

Do mesmo modo afirma Baratta:

[...] não só as normas de direito penal se formam e se aplicam seletivamente, refletindo as relações de desigualdade existentes, mas o direito penal exerce, também uma função ativa de reprodução e de produção, com respeito às relações de desigualdade. Em primeiro lugar, a aplicação seletiva das sanções penais estigmatizantes, e especialmente o cárcere, é um momento superestrutural essencial para a manutenção da escala vertical da sociedade. Incidindo negativamente sobretudo no *status* social dos indivíduos pertencentes aos estratos sociais ,ais baixos, ela age de modo a impedir sua ascensão social. Em segundo lugar, e esta é uma das funções simbólicas da pena, a punição de certos comportamentos ilegais serve para cobrir um número mais amplo de comportamentos ilegais, que permanecem imunes ao processo de criminalização. Desse modo, a aplicação seletiva do direito penal tem como resultado colateral a cobertura ideológica desta mesma seletividade.¹⁴⁹

Por último, a duração da pena privativa de liberdade é proporcional ao grau de periculosidade do condenado: “quanto maior a experiência do preso com a *subcultura da prisão*, maior a reincidência e a formação de carreiras criminosas, conforme demonstra o *labeling approach*”.¹⁵⁰

Sobre o cárcere e as funções de prevenção atribuídas à pena, assevera Ferrajoli:

O cárcere é, portanto, uma instituição ao mesmo tempo não liberal, desigual, atípica, ao menos em parte extra-legal e extra-judicial, lesiva à dignidade da pessoa, penosa e inutilmente aflitiva. Nascido do projeto iluminista de mitigação e racionalização das penas, não parece mais idôneo – porque não pertinente ou não necessário – para satisfazer nenhuma das duas razões que justificam a sanção penal: a prevenção do delito, dado o

¹⁴⁷CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral*, p. 477.

¹⁴⁸ARGÜELLO, Katie. *Do Estado social ao Estado penal: invertendo o discurso da ordem*, p.

¹⁴⁹BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*, p. 166

¹⁵⁰CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral*, p. 477-478.

caráter criminógeno do cárcere, destinado sempre a funcionar como escola da delinqüência e de recrutamento da criminalidade organizada; a prevenção da vingança privada e da punição informal, satisfeita, na atual sociedade da mídia, muito mais pela publicidade do processo e do caráter simbólico e estigmatizante da condenação.¹⁵¹

Sobre o tema, afirma ainda Cirino dos Santos, destacando o papel da criminologia radical na crítica das funções atribuídas à pena criminal:

A Criminologia Radical distingue *objetivos ideológicos aparentes* do sistema punitivo (repressão da criminalidade, controle e redução do crime e ressocialização do criminoso) e *objetivos reais ocultos* do sistema punitivo (reprodução das relações de produção e da massa criminalizada), demonstrando que o fracasso histórico do sistema penal limita-se aos *objetivos ideológicos aparentes*, porque os *objetivos reais ocultos* do sistema punitivo representam êxito histórico absoluto desse aparelho de reprodução de poder econômico e político da sociedade capitalista.¹⁵²

Assim, a realidade dos sistema penal demonstra, claramente, o fracasso histórico da função *declarada* de correção dos apenados, que a ideologia do sistema punitivo atribui à pena criminal. E, por outro lado, demonstra também o evidente êxito histórico da função *real* de “controle *seletivo* da criminalidade, fundado em indicadores sociais negativos, e de *garantia* de relações sociais desiguais, fundadas na relação *capital/trabalho assalariado*”¹⁵³.

O que se entende por “crime” e “criminoso” são, portanto, conceitos socialmente construídos.

3.2.3 A prevenção geral como afirmação da ideologia dominante

Conforme já enunciado no tópico 2.2.1, deste trabalho, a teoria da prevenção geral negativa afirma que a ameaça da pena teria a função de dissuadir do cometimento de crime os futuros delinquentes.

Não obstante, a pesquisa empírica demonstra que a ameaça da pena não desestimula a prática de todos os crimes, conforme bem disseram Zaffaroni e

¹⁵¹FERRAJOLI, Luigi. *A pena em uma sociedade democrática*, p. 36.

¹⁵²CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A Criminologia Radical*. p. 128.

¹⁵³CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral*, p. 481.

Batista¹⁵⁴, especialmente não os praticados impulsivamente (como geralmente é o caso dos crimes contra a vida e dos crimes sexuais). Nesse sentido, afirma Cirino dos Santos:

A pesquisa criminológica admite que a prevenção geral negativa da ameaça penal poderia ter efeitos desestimulante em crimes de reflexão (crimes econômicos, ecológicos, tributários etc.), característicos do Direito Penal simbólico, mas não teria qualquer efeito em crimes impulsivos (violência pessoal ou sexual, por exemplo), próprios da criminalidade comum estampada diariamente nos meios de comunicação de massa. Logo a inibição de impulsos anti-sociais pela ameaça penal somente seria relevante no Direito Penal simbólico, destituído de eficácia instrumental e instituído para legitimação retórica do poder punitivo do Estado – mediante a criação/difusão de imagens ilusórias de eficácia repressiva na ideologia do povo –, mas é absolutamente irrelevante no Direito Penal instrumental, cujo objeto é delimitado pela criminalidade comum, área de incidência exclusiva da repressão penal seletiva.¹⁵⁵

De todo modo, as funções declaradas de prevenção geral negativa, de intimidação, está ligada à função declarada da prevenção especial negativa, de neutralização, vez que é justamente a certeza da punição (neutralização) que serviria como desestímulo. Assim, Cirino afirma que “não são funções independentes ou autônomas, mas aspectos diferentes do mesmo fenômeno.”¹⁵⁶

Este mesmo autor, ainda, divide as teorias da prevenção geral positiva em duas posições: liberal e totalitária – aquela, representada por Roxin, apresenta a definição de crime como “ofensa a um bem jurídico”, e, por consequência, a pena tem a função de proteger esses bens; esta, por sua vez, representada por Jakobs, é dita totalitária porque atribui à pena a função de reagir contra a violação da norma e, assim, reafirmar a validade desta, incentivando a fidelidade jurídica do povo.¹⁵⁷

Diante disso, afirma:

[...] a definição de crime como frustração das expectativas normativas e da pena como demonstração da validade da norma concentra toda as funções da pena criminal: pressupõe a ameaça penal, implica a aplicação e execução da pena como neutralização e correção do condenado e existe, de fato, como exercício comunitário de retribuição, definida como necessária para restabelecer a confiança na norma e reforçar a fidelidade jurídica do cidadão.¹⁵⁸

¹⁵⁴ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro – I*, p.116.

¹⁵⁵CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral*, p. 481-482.

¹⁵⁶CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral*, p. 482.

¹⁵⁷CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral*, p. 482-483.

¹⁵⁸CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral*, p. 483.

Assim, pode-se observar que a real função da prevenção geral positiva diz respeito à criação de soluções penais *simbólicas* para os problemas sociais.¹⁵⁹ Nesse sentido:

A legitimação do poder político do Estado ocorre com a criação de uma aparência de *eficiência repressiva* na chamada *luta contra o crime* – definido como *inimigo comum* –, que garante a lealdade do eleitorado e, de quebra, reproduz o poder político.¹⁶⁰

Do mesmo modo, ainda, a função declarada de prevenção geral negativa, que professa a intimidação pela ameaça penal não passa de um discurso retórico para encobrir a função real da pena de “garantia da ordem social capitalista, fundada na separação trabalho/meios de produção, que institui e reproduz relações sociais opressivas.”¹⁶¹

¹⁵⁹CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral*, p. 484.

¹⁶⁰CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral*, p. 484.

¹⁶¹CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral*, p. 486.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente trabalho, detivemo-nos, sem qualquer pretensão de esgotar o tema, na discussão das finalidades atribuídas à pena criminal, observadas sob o ponto de vista do discurso jurídico, tido como oficial, bem como sob o ponto de vista do discurso criminológico, responsável pela crítica ao discurso jurídico.

Discorreremos, no primeiro capítulo deste trabalho, definições conceituais acerca de direito penal, política criminal e política penal, podendo observar que, o programa oficial brasileiro de controle do crime e da criminalidade se justifica através dos objetivos *declarados*, atribuídos à pena criminal, adotando a chamada teoria unificada das finalidades da pena criminal.

Destacamos, em seguida, o fato de as interações entre direito e sociedade ocorrerem de forma ideológica, conferindo especial relevância à Ideologia da Defesa Social, que lançou as bases para justificação da pena conforme enunciada pelo discurso jurídico, concluindo, ainda, que o Estado se utiliza do Direito Penal, e mais especificamente da criminalização, como um instrumento político-econômico para gerir a miséria e a exclusão social, que serve, de fato, como instrumento de manutenção do *status quo*.

Também, percorremos, ainda que superficialmente, o desenvolvimento da criminologia, delineando-a em três principais vertentes, quais sejam, as teorias conservadoras – que buscam a manutenção do *status quo*, propondo a neutralização das eventuais ameaças à ordem preestabelecida, legitimando a ordem social desigual; as teorias liberais – que buscam a prevenção do comportamento antissocial, através de reformas institucionais; e a criminologia radical – que orienta a pesquisa da criminologia para a base econômica e para as relações de poder da sociedade.

Realizamos, no segundo capítulo, uma análise do discurso jurídico sobre os fins da pena, podendo observar que tal discurso constrói a legitimidade da atuação do *ius puniendi* estatal, através da atribuição à pena criminal dos fins utilitários de retribuição da culpabilidade, prevenção geral e prevenção especial, confiando à elas a diminuição da ocorrência de delitos.

Coube, então, ao discurso crítico da teoria criminológica da pena, cuja análise expusemos no terceiro capítulo, a desconstrução do discurso jurídico da pena.

Neste último capítulo, evidenciou-se a definição do Direito Penal enquanto sistema desigual que, na definição de crimes, atua seletivamente, protegendo bens jurídicos que representam os interesses e necessidades das classes hegemônicas; também, na aplicação da pena, seleciona indivíduos específicos, excluídos das relações de poder político e das relações de produção; ainda, na execução penal, constitui meio de reprodução das igualdades sociais e condições opressivas do capitalismo, através da repressão seletiva dos marginalizados sociais.¹⁶²

A pena criminal como retribuição equivalente do crime falha sob o ponto de vista das funções declaradas do sistema penal, tendo, no entanto, sua finalidade atingida sob o ponto de vista das funções reais da pena criminal, vez que garante, por meio do discurso de neutralização, de correção individual, de intimidação e de reforço da fidelidade jurídica do povo, a desigualdade social e a opressão de classe do capitalismo.

A função de prevenção especial positiva, de suposta correção individual por meio da execução da pena, e a função de prevenção geral positiva, de afirmação da validade da norma, por sua vez, ocultam as reais funções da pena criminal, que instituem e reproduzem a desigualdade e a opressão social por meio da separação da força de trabalho e dos meios de produção.¹⁶³

Por outro lado, a prevenção especial negativa, com a função de neutralização do ser humano por meio do encarceramento prisional, provoca sua desculturação e aculturação, estimulando, ainda, a reincidência, exercendo, dessa forma, a evidente função real de controle social.

A função declarada de prevenção geral negativa de intimidação pela ameaça da pena, a seu turno, não é passível de demonstração empírica. Além disso, a simples ameaça da pena é incapaz de impedir a criminalidade, vez que não realiza as políticas públicas de base, referidas no início deste trabalho.

Assim, o sistema penal se mantém por meio da disseminação da idéia (melhor, do mito, da ilusão) de que o direito penal seria o garantidor da segurança na sociedade – imaginando-se, inclusive, que aplica a pena criminal de forma igualitária

¹⁶²CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral*, p. 487.

¹⁶³CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral*, p. 489.

e racional, o que justificaria sua importância e ocultaria suas funções reais – sendo que tal ideologia prevalece não apenas no sistema de justiça criminal (conforme demonstramos, a título de exemplificação, na introdução deste trabalho), como também integra o entendimento comum da opinião pública.¹⁶⁴

Assim, ante a disseminação, que não cessa, desse discurso ideológico, a discussão crítica das funções da penas faz-se, ainda, relevante.

Enfim, não pretendíamos com este trabalho esgotar o tema proposto, quisemos, sim, registrar uma inquietação e atentar para os perigos que advém desse discurso ainda presente em nosso sistema penal, que insiste em propagar a pena como meio apto a flanquear os mais diversos e escusos objetivos.

Assim, só nos resta fazer menção aos inigualáveis votos de um tempo melhor, de Maria Lúcia Karam:

Já é hora de romper com os enganosos discursos legitimadores do sistema penal e construir – ou reconstruir – pensamentos e práticas libertários e igualitários, fundados na generosidade, na fraternidade, na honestidade, na tolerância e no desapego verdadeiramente revolucionários.

Respeitar e assegurar, em quaisquer circunstâncias, os direitos e garantias fundamentais expressos nas declarações universais de direitos e nas Constituições democráticas. Repudiar todas as formas de totalitarismo. Repudiar proibições, controles, vigilâncias, punições e buscar sempre a liberdade.

Perceber que situações, fatos ou condutas negativos, indesejados ou danosos não desaparecem por conta do rigor penal. Perceber que somar ao dano do crime a dor da pena é multiplicar danos. Romper com essa própria idéia de crime, compreendendo a natureza política e a artificialidade de sua definição. Romper com os sentimentos de medo, de vingança e de culpa, que sustentam o clima emocional do sistema penal. Romper com o maniqueísmo que, dividindo as pessoas entre boas e más, impulsiona o desejo da punição e a busca de bodes expiatórios, de culpados individualizados e demonizados. Romper com a monopolizadora, enganosamente satisfatória e violenta reação punitiva.

Buscar o fim da desigualdade e da exclusão. Buscar alimentação saudável, habitação confortável, educação de boa qualidade, lazer, cultura, dignidade, bem-estar para todas as pessoas. Deixar os medos, as inseguranças e o egoísmo de lado e buscar o convívio, a solidariedade, a compreensão, a compaixão. Deixar de lado os pragmatismos imediatistas e reacender os ideais transformadores.

Com imaginação e muito debate, iremos encontrando os meios compatíveis com os fins. O primeiro passo é estabelecer os compromissos e deles não se afastar. O segundo passo é não hesitar em desejar o que pode parecer impossível.¹⁶⁵

¹⁶⁴ ANDRADE, Vera Regina Pereira. *A ilusão de segurança jurídica*, p. 276-282.

¹⁶⁵ KARAM, Maria Lúcia. *Expansão do poder punitivo e violação de direitos fundamentais*, p. 9.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira. **A ilusão de segurança jurídica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

ARGÜELLO, Katie. **Do Estado social ao Estado penal: invertendo o discurso da ordem**. Disponível em: <http://www.cirino.com.br/artigos/Artigo%20Katie.pdf>. Acesso em: 28 de setembro de 2012.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. 3.^a Edição. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1**. 14.^a Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. 2.^a Edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A Criminologia Crítica e a Reforma da Legislação Penal**. Disponível em: http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/criminologia_critica_reforma_legis_penal.pdf. Acesso em: 28 de setembro de 2012.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Os Discursos Sobre o Crime e a Criminalidade**. Disponível em: http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/os_discursos_sobre_crime_e_criminalidade.pdf. Acesso em: 28 de setembro de 2012.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Política Criminal: realidades e ilusões do discurso penal**. Disponível em: http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/realidades_ilusoes_discurso_penal.pdf. Acesso em: 28 de setembro de 2012.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A Criminologia Radical**. 3.^a Edição. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2008.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal: Parte Geral**. 2.^a Edição. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. A pena em uma sociedade democrática. In: **Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade**. Rio de Janeiro: Revan, ano 7, n.º 12, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. 35.^a Edição. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008.

GÜNTHER, Klaus. Crítica da Pena I. In: **Revista Direito GV**, v. 2, n.º 2, p. 187-204, julho a dezembro de 2006. Disponível em: <<http://www.ebah.com.br/content/ABAAABYngAE/critica-pena-i-pp187-204>>. Acesso em: 26 de novembro de 2012.

HARTMANN, Helen. **Finalidades da Pena Criminal: uma análise crítica**. 60 f. Monografia (Pós-graduação em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2008.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal: Parte General**. Trad. José Luis Manzaneres Samaniego. Granada: Editora Comares, 1993.

KARAM, Maria Lúcia. **Expansão do poder punitivo e violação de direitos fundamentais**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto%201144.rtf>>. Acesso em: 29 de novembro de 2012.

RAUTER, Cristina. **Criminologia e Subjetividade no Brasil**. Rio de Janeiro: REVAN, 2003.

ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. **Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro v. 1 : Parte Geral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro – I**. Rio de Janeiro: REVAN, 2003.