

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ  
INSTITUTO DE CRIMINOLOGIA E POLÍTICA CRIMINAL**

**OS FINS DA PENA**

**CURITIBA  
2008**

**VANESSA CRISTINO DE OLIVEIRA**

## **OS FINS DA PENA**

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação lato sensu do Instituto de Criminologia e Política Criminal, como requisito à obtenção do título de Especialização em Direito Penal e Criminologia.

ORIENTADOR: Prof. Dr. Juarez Cirino dos Santos.

**CURITIBA  
2008**

**VANESSA CRISTINO DE OLIVEIRA**

**OS FINS DA PENA**

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação lato sensu do Instituto de Criminologia e Política Criminal, como requisito à obtenção do título de Especialização em Direito Penal e Criminologia.

ORIENTADOR: Prof. Dr. Juarez Cirino dos Santos.

COMISSÃO EXAMINADORA:

ORIENTADOR: Prof. Dr. Juarez Cirino dos Santos.

EXAMINADOR: \_\_\_\_\_

EXAMINADOR: \_\_\_\_\_

**CURITIBA  
2008**

*Dedico este trabalho à minha mãe, pelo apoio e incentivo, com todo amor e carinho*

*"No rio, que arrasta tudo, se diz violento;  
mas ninguém diz violentas as margens  
que o compriem".  
(Bertold Brecht)*

## SUMÁRIO

<b>Resumo</b>	<b>VI</b>
<b>Introdução</b>	<b>08</b>
<b>1. Teorias da Pena (discurso oficial)</b>	
1.1. Teoria Absoluta de Retribuição ou Retribucionista	09
1.2. Teoria Relativa, Utilitária ou Utilitarista	13
1.2.1. Prevenção Especial	14
1.2.1.1. Prevenção especial negativo	15
1.2.1.2. Prevenção especial positiva	16
1.2.2. Prevenção Geral	18
1.2.2.1. Prevenção geral negativa	20
1.2.2.2. Prevenção geral positiva	22
1.3. Teoria Unificadora, Mista e Eclética	25
<b>2. Crítica aos fins declarados da pena</b>	<b>29</b>
<b>Conclusão</b>	<b>49</b>
<b>Referências bibliográficas</b>	<b>53</b>

## RESUMO

Título do trabalho: "Os fins da pena".

O presente trabalho tem por objetivo demonstrar que os fins declarados da pena criminal não são cumpridos, ou seja, o fundamento para sua aplicação não é encontrado na realidade, talvez nunca tenha sido. Analisaram-se, primeiramente, cada teoria individualmente, apontando os seus percussores, elementos principais, bem como as principais críticas geralmente feitas pelos estudiosos. As teorias são: teoria absoluta; teoria utilitarista, nas suas duas finalidades: teoria da prevenção geral (positiva e negativa) e teoria da prevenção especial (positiva e negativa); teoria eclética. A partir desse estudo, constatou-se que os fins propostos pela pena, como a ressocialização do condenado, não são encontrados na realidade, o que pode ser observado pelos altos índices de criminalidade, bem como clamor constante da sociedade por segurança. Por sua vez, os legisladores e políticos utilizam-se desse pedido desesperado da sociedade para propor projetos incoerentes com a realidade e com os estudos científicos, a construção de mais penitenciárias, aumento nos limites das penas já existentes e a criminalização de novas condutas, criando uma ilusão na sociedade de que algo está sendo feito em seu favor. Ocorre que tais medidas não reduzem a criminalidade, mas ao contrário, afetam outros elementos, como o aumento do controle social e violação a dignidade da pessoa humana, dentre outros. Na verdade, a pena persiste, da maneira que se vislumbra atualmente, com o objetivo não declarado e bem antigo, que é a preservação do modo de produção capitalista, com a proteção daqueles integrados ao sistema e com a neutralização da massa excluída, ou seja, mantém e reproduz a desigualdade social.

## INTRODUÇÃO

A punição de criminosos é algo discutido diariamente pela população, principalmente influenciada pela mídia, na ampla divulgação de crimes que causam clamor social. Observa-se nessa discussão leiga, pedidos de aumento da punição e a necessidade de leis mais duras visando à redução da criminalidade.

Na realidade brasileira, é evidente o aumento no número da prática de crimes, principalmente contra o patrimônio, sem esquecer da falta de vagas nos presídios e instituições análogas para os indivíduos infratores cumprirem suas penas. Como resposta legislativa, a medida adotada para reverter o quadro de criminalidade, é o aumento da criminalização de condutas e majoração nos limites da pena nas ações já tipificadas. O exemplo disso é a lei de crimes hediondos, em que aumentou os limites da pena e retirou algumas garantias aos presos, como a progressão do regime (recentemente julgada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal).

Ocorre que a política criminal adotada não está sendo eficaz na redução da criminalidade, nem a ressocialização do acusado, tampouco a confiança dos membros da sociedade no direito.

Neste momento, cabe perguntar se a pena tem o papel de reduzir a criminalidade, e se a pena, da forma como é aplicada hoje, está sendo capaz de cumprir os fins propostos. Ou seja, é necessária uma análise teórica das finalidades da pena, e qual é a justificativa dada pelos estudiosos para continuar aplicando uma sanção penal, ou seja, as teorias continuam em vigência, ainda que não na sua totalidade ou da sua forma tradicional.

A partir disso, realizar críticas as teorias da penas, demonstrando os motivos pelos quais não são alcançados tais fins, bem como apontar algumas alternativas dadas pelos autores das obras consultadas.

Portanto, essa monografia encontra-se na seguinte seqüência de capítulos: primeiro capítulo para o estudo das teorias da pena, e no segundo as críticas ao discurso oficial de justificativa da aplicação de penas.

## 1. TEORIAS DA PENA (DISCURSO OFICIAL)

### 1.1. TEORIA ABSOLUTA DE RETRIBUIÇÃO OU RETRIBUCIONISTA

A teoria da retribuição originou-se do direito penal clássico, em que se empregava a pena como retribuição à realização do crime. Ou seja, “representa a imposição de mal *justo* contra o mal *injusto* do crime, necessário para realizar justiça ou restabelecer o Direito.”<sup>1</sup>

Assim, o fim atribuído a pena é punir o indivíduo pela prática do crime, sendo bem definida pela expressão em latim *punitur quia peccatum est*, a qual significa ao mal do crime, o mal da pena<sup>2</sup>. Portanto, essa teoria persegue dois fins: a *retribuição* pelo mal cometido (crime) e a “concretização de valores *absolutos* como a justiça e a consolidação do Direito”.<sup>3</sup> Adel el TASSE explica as teorias retribucionistas:

Tais teorias têm como fundamento da sanção penal a exigência da justiça: pune-se o agente porque cometeu o crime, pune-se porque pecou (*punitur quia peccatum est*). Seus adeptos vêem a finalidade da pena como retribuição do mal pelo mal. Nessas teorias preconiza-se a idéia de justiça e, assim, a pena é o mal justo para punir o mal injusto praticado, ou seja, o fato delituoso. (grifo no original)<sup>4</sup>

A pena como expiação do mal era uma das características dos Estados Absolutistas, em que o poder concentrava-se nas mãos do monarca, sendo o legitimado por uma concessão divina. Assim, a prática delitiva era considerada como uma desobediência ao próprio poder divino. Portanto, o criminoso era um pecador a ser castigado por meio das penas, as quais geralmente eram cruéis, pois quanto maior a violência, maior atingiria a finalidade da pena<sup>5</sup>. “Logo, no período absolutista, a pena poderia ser conceituada como o mal imposto àquele que afrontava o soberano, e portanto Deus, mediante a realização de uma conduta violadora das leis impostas pelo poder divino”.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal: parte geral**. 2. ed. rev. e ampl. Curitiba: ICPC Lumen Juris, 2007. p.455.

<sup>2</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004. p.109.

<sup>3</sup> MORALES, Alejandro J. Rodríguez. Acerca de las teorías de la pena. In: \_\_\_\_\_(colab). **Direito penal e criminologia: XIII Congresso Latino-Americano**. [S.l.]: Juruá, [2000?].p.338.

<sup>4</sup> TASSE, Adel el. **Teoria da Pena**. Curitiba: Juruá, 2003. p.66.

<sup>5</sup> SANTORO FILHO, Antonio Carlos. **Bases jurídicas do direito criminal**. São Paulo: Direito, 2000.p.44.

<sup>6</sup> Ibidem, p. 46.

Mas com a Revolução Burguesa e o Estado independente da igreja, se faz necessário modificar os fins da pena. Assim, com o Iluminismo, o Estado é a união dos esforços dos membros da sociedade, caracterizado pelo contrato social.<sup>7</sup>

Com base nessas influências históricas se estabelece um novo critério para justificar a pena, qual seja, “retribuição ao fato reprovável praticado, e serve a restaurar a ordem moral (Kant) ou a ordem jurídica (Hegel), preservando o estado em sua integridade”.<sup>8</sup>

Desta conceituação, retira-se o pensamento dos dois grandes defensores desta teoria: KANT e HEGEL.

Inmanuel KANT, em sua obra *Metafísica dos Costumes*, a pena tem o caráter de retribuição moral, uma vez que busca alcançar a justiça, em que a pena é a única forma de restabelecer a justiça. Assim, a pena é um fim em si mesmo, mera violação de um dever jurídico, não admitindo a pena ser um meio, tampouco, para melhor o acusado<sup>9</sup>. Para Kant, a pena tem cunho moral, pois é uma retribuição ao mal praticado pelo indivíduo, bem como reafirmação da justiça<sup>10</sup>. Portanto, retribuição ao mal praticado.

Já HEGEL, concebeu a pena a finalidade de retribuição jurídica, a qual visa assegurar imperatividade ao sistema jurídico, pois o crime é a negação do direito, e a pena é a negação do delito, restabelecendo a soberania do direito sobre o indivíduo. “A pena, assim, por ser a negação do delito, representa a negação da negação do direito”.<sup>11</sup>

Ao iniciar seu pensamento, HEGEL afirma que uma violência suprime outra: “O princípio conceitual de que toda a violência se destrói a si mesma possui a sua verdadeira expressão no fato de uma violência anula-se com outra violência. Por conseguinte, torna-se jurídica, de maneira não apenas relativa, mediante tais e tais condições, mas necessária como segunda violência que suprime a primeira”<sup>12</sup>.

---

<sup>7</sup>Ibidem, p. 47.

<sup>8</sup>Ibidem, p. 49.

<sup>9</sup>ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 4.ed. rev. São Paulo: RT, 2002.p.265.

<sup>10</sup>SANTORO FILHO, Antonio Carlos. Op.cit., p. 49.

<sup>11</sup>Idem.

<sup>12</sup> HEGEL, G. W.F.. **Princípios da filosofia do direito**. Trad. Noberto de Paula Lima. São Paulo: Ícone, 1997. p. 101.

Essa segunda violência é necessária (pena), pois o ato injusto praticado pelo indivíduo (crime) é uma “violência contra a existência da minha liberdade numa coisa exterior”<sup>13</sup>.

Portanto, para HEGEL, a pena é justa, com base na negação da negação:

A pena que afeta o criminoso não é apenas justa em si; justa que é, é também o ser em si da vontade do criminoso, uma maneira de a sua liberdade existir, o seu direito. Necessário ainda acrescentar que, com relação ao próprio criminoso, constitui ela um direito: está já implicada na sua vontade existente, no seu ato. Este ato, porque vem de um ser de razão, implica na universalidade que por si mesmo o criminoso reconheceu e à qual se deve sujeitar como ao seu próprio direito.

(...)

A supressão do crime é o castigo, porque, segundo o conceito, é uma violência contra outra violência, segundo a existência, e o crime possui uma extensão qualitativa e quantitativa que se pode também encontrar na sua negação como existência. Contudo, esta identidade fundada no conceito não é a igualdade qualitativa: é a que advém da natureza em si do crime, a igualdade de valor.<sup>14</sup>

Juarez CIRINO DOS SANTOS enumera as possíveis justificativas para que essa teoria tenha resistido como justificativa para a aplicação da pena. Inicialmente, a retribuição, seguindo a lei do talião, como uma necessidade humana. Outro ponto psicológico, estaria de acordo com a religião cristã ocidental, a qual pregaria uma imagem da justiça divina como vingativa. O terceiro aspecto relevante é o fato de a filosofia idealista ocidental ser retributiva. E por último a lei penal é caracterizada pelo discurso retributivo, como pode ser observado pelo artigo 59, do Código Penal, *in verbis*: “Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme **seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:**”(grifou-se). Observa-se que a pena será retribuída ao acusado na medida necessária e suficiente para reprovação do crime, portanto, compensação pela prática de um mal injusto.<sup>15</sup>

A doutrina faz críticas a essa teoria, principalmente aqueles que defendem a teoria da prevenção especial e geral.

Segundo José Antonio Paganella BOSCHI, a teoria da retribuição atenderia aos interesses de regimes totalitários, visto que a criminalização das condutas

<sup>13</sup> Ibidem, p.102.

<sup>13</sup> Idem.

<sup>14</sup> Ibidem, p.105-106.

<sup>15</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal...*, p.456-457.

ficariam nas mãos do totalitário, sem qualquer limite. Além disso, a pena como retribuição seria uma justificativa para a pena de morte, a qual é aclamada principalmente nos países periféricos, como medida a reduzir os altos índices de criminalidade.<sup>16</sup> Resta evidenciado que esta teoria penaliza o acusado pelo crime praticado, a fim de justificar o próprio ordenamento jurídico, sem levar em consideração o próprio agente.

Juarez CIRINO DOS SANTOS afirma que a teoria da retribuição não é científica, uma vez que a liberdade de vontade do indivíduo, o qual é um pressuposto do juízo de culpabilidade, não pode ser demonstrada empiricamente, razão pela qual a teoria se baseia num dado não científico:

Assim, a pena como *retribuição* do crime se fundamenta num dado indemonstrável: o *mito de liberdade* pressuposto na culpabilidade do autor. A impossibilidade de demonstrar a *liberdade* pressuposta na culpabilidade determinou uma mudança na função atribuída à culpabilidade no moderno Direito Penal: a culpabilidade perde a antiga função de *fundamento da pena*, que legitima o poder punitivo do Estado em face do indivíduo, para assumir a função atual de *limitação da pena*, que garante o indivíduo contra o poder punitivo do Estado – uma mudança de sinal dotada de óbvio significado político.<sup>17</sup>

Em virtude do caráter moral atribuído a pena, conforme defendido por Kant, não seria possível situações em que a pena não é aplicada, como no caso de prescrição da pretensão punitiva. “A concepção retributiva da pena, assim, não encontra adequação ao Estado Democrático de Direito, modelo adotado por nossa Constituição da República, e nem apresenta qualquer função utilitária para a sanção penal, retirando a relevância do direito criminal para evolução social”<sup>18</sup>.

Ou seja, a Constituição Federal, em seu artigo 1º, determina que o Estado Democrático de Direito tem como um dos fundamentos, o princípio da dignidade da pessoa humana, portanto, “o mal da pena deve transcender a ela para visar a valorização do homem, que é dito como destinatário do Direito Penal e valorizado em sua dignidade humana”<sup>19</sup>.

---

<sup>16</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. Op.cit., p.111.

<sup>17</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal...**, p.458.

<sup>18</sup> SANTORO FILHO, Antonio Carlos. Op.cit.,p.56.

<sup>19</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao Direito Penal: análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 159.

## 1.2. TEORIA RELATIVA, UTILITÁRIA OU UTILITARISTA

O utilitarismo se desenvolveu no século XVII, a partir da criação das bases do estado de direito e com isso as bases do direito penal moderno, com influências dos pensamentos jusnaturalista e contratualista. A principal idéia é a de que o direito penal e as sanções são limitadores ao poder estatal de punir, e com isso, uma proteção ao indivíduo.

Assim, o Estado aplica a pena para que o ofendido e a sociedade não precisem fazê-lo, e com isso, confiam na ação de direito e de controle social realizado pelo Estado.<sup>20</sup>

A teoria relativa impõe a pena um fim prático, sob dois aspectos: a pena criminal tem por finalidade recuperar o indivíduo que violou a norma, denominada de teoria relativa da prevenção especial; como também é dirigida à sociedade, visando impedir que os indivíduos não cometam crimes, tendo em vista a incidência da pena, o qual é definido pela teoria relativa da prevenção geral<sup>21</sup>.

Desta forma, está caracterizado o caráter utilitário da pena, uma vez que busca evitar a prática futura dos delitos, como um instrumento preventivo de garantia social, portanto pena como uma utilidade social<sup>22</sup>.

Santiago Mir PUIG afirma que o Estado Democrático de Direito, a fim de cumprir as normas constitucionais, deve aplicar a pena de acordo a teoria da prevenção, sob as suas duas concepções: geral e específica:

Dos son, pues, los aspectos que debe adoptar la prevención general en el Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho: junto al aspecto de prevención intimidatoria (también llamada prevención general especial o negativa), debe concurrir el aspecto de una prevención general estabilizadora o integradora (también denominada prevención general o positiva).

En el modelo de Estado social y democrático de Derecho del cual arranca nuestro sistema político y, por tanto, jurídico, la pena ha de cumplir (y sólo está legitimado para cumplir) una misión política de regulación activa de la vida social que asegure su funcionamiento satisfactorio, mediante la protección de los bienes de los ciudadanos. Ello supone la necesidad de conferir a la pena la función de prevención de los hechos que atenten a estos bienes, y no basar su cometido en una hipotética necesidad ético-jurídica de no dejar sin respuesta, sin retribución, la infracción del orden jurídico. Ahora bien, para que el Estado social no se convierta en autoritario, sino que sea democrático y de Derecho, deberá

<sup>20</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. Op. cit., p.109.

<sup>21</sup> TASSE, Adel el. Op. cit., p.68.

<sup>22</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. Vol. 1. 5. ed. rev. São Paulo: RT, 2005.p. 527.

respetar una serie de límites que garanticen que la prevención se ejercerá en beneficio y bajo control de todos los ciudadanos.<sup>23</sup>

A partir disso, passa-se a análise dessas duas concepções.

### 1.2.1. Prevenção especial

A teoria da prevenção especial da pena foi predominante nos séculos XIX e XX, na escola positivista, com influência de Franz Von Liszt.

A prevenção especial tem como foco o indivíduo da conduta criminosa, em que a pena busca corrigi-lo, reduzindo ou eliminando a sua periculosidade, podendo retornar à sociedade após o cumprimento da pena. A base da prevenção especial é que a pena justa é a pena necessária.<sup>24</sup>

Nas palavras de Franz VON LISZT: "A pena é *justa*, quando e em tanto quanto é *necessária* para a manutenção da ordem jurídica. A idéia finalística na pena não só nos traça a mui disputada linha divisória entre o injusto punível e o não punível, são também nos dá a medida da gravidade da pena quanto a sua qualidade e a sua extensão"<sup>25</sup>. (grifo no original)

Assim, a idéia de Von LISZT pode ser resumida da seguida maneira: "intimidação, correção e inocuização".<sup>26</sup>

A prevenção especial estaria caracterizada em dois momentos na aplicação da pena: primeiro, é realizado pelo juiz ao determinar na sentença penal condenatória a pena a ser aplicada ao réu, nos termos do artigo 59, do Código Penal; e num segundo momento, pelo juiz da execução penal, conforme descreve o artigo 1º da Lei de Execuções Penais, *in verbis*: "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**". (grifou-se).

---

<sup>23</sup> PUIG, Santiago Mir. **Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho**. 2.ed. Barcelona: Casa editorial, 1982.p.31 e 40.

<sup>24</sup> PRADO, Luiz Regis. Op.cit., .p.532.

<sup>25</sup> LISZT, Franz von. Tratado de Direito Penal alemão. Vol. 1.Tradução José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, Conselho editorial, 2006. p.125.

<sup>26</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. vol.1. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.p.117.

A teoria da prevenção especial é analisada sob dois enfoques: positivo e negativo. Franz VON LISZT explica, em seu Tratado, as funções da execução penal, dentre as quais estão a prevenção especial positiva (ressocialização do indivíduo) e a negativa (neutralização):

Vários são os efeitos da execução penal, e valiosíssimos, por isso mesmo que podem ser combinados ou isolados.

A execução actua:

1º. Sobre os membros da colletividade em geral, porque, de um lado, pela sua força de intimidação, refreia as tendências criminosas (prevenção geral) e, por outro lado, mantendo o direito, firma e fortalece o sentimento juridico dos cidadãos;

2º. E igualmente sobre o offendido, a quem, além d'isto, proporciona a satisfação de que attentado dirigido contra a sua pessoa não escapa á devida punição;

3º. E especialmente sobre o delinquente mesmo. Conforme a natureza e a extensão do mal da pena, differente pode ser o centro de gravidade do effeito exercido sobre o delinquente pela execução penal.

a) a pena pode ter por fim converter o delinquente em um membro útil á sociedade (adaptação artificial). Podemos designar como intimidação ou como emenda o effeito que a pena visa, conforme se tratar, em primeiro logar, de avigorar as representações enfraquecidas que refreiam os mãos instinctos ou de modificar o character do delinquente.

b) a pena pôde ter por fim tirar perpetua ou temporariamente ao delinquente que se tornou inútil á sociedade a possibilidade material de perpetrar novos crimes, segregar-o da sociedade (selecção artificial). Costuma-se dizer que neste caso o delinquente é reduzido ao estado de inocuidade.<sup>27</sup>

Diante disso, passa-se para análise das duas concepções.

### 1.2.1.1. PREVENÇÃO ESPECIAL NEGATIVO

Sob o aspecto negativo a pena busca oferecer segurança à sociedade através da neutralização do acusado, ou seja, retira o indivíduo da sociedade e o coloca em estabelecimentos penitenciários, evitando-se que durante o cumprimento da pena imposta realize novos crimes na sociedade. Ou seja, "visa a pessoa criminalizada, não para melhorá-la, mas para neutralizar os efeitos de sua inferioridade, à custa de um mal para a pessoa, que ao mesmo tempo é um bem para o corpo social".<sup>28</sup>

Juarez CIRINO DOS SANTOS explica a prevenção especial negativa: "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

<sup>27</sup> LISZT, Franz von. Op.cit., p.99-100.

<sup>28</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. et. al. **Direito Penal brasileiro**.1.vol. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p.127.

chamada *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, *neutralização* do condenado seria uma das funções *manifestas ou declaradas* cumpridas pela pena criminal"<sup>29</sup>. (grifo no original)

Alejandro Rodríguez MORALES realiza uma crítica bem elaborada sobre a prevenção especial negativa:

Finalmente, es criticable la llamada prevención especial negativa en el sentido que encerrando a una persona en la cárcel como fin de la pena, no se obtiene nada útil, se vacía de sentido la pena, ya que siempre habrán delincuentes que no se hallen tras las rejas (advirtase tan sólo que gran parte de los delitos cometidos se hallan en la llamada "cifra negra de la criminalidad"), por lo que es absurdo afirmar que el fin de la pena sea el aseguramiento de la sociedad a través del encierro del delincuente, ya que, además, al menos en Venezuela y en no pocos países, ese encierro no puede ser perpetuo (de hecho en países donde la ley prevé la prisión perpetua se admite la atenuación de la misma y hasta se ha procedido a conceder la libertad condicional luego de 15 o 20 años de cumplimiento ininterrumpido), máximo podrá tener una duración de 30 años, de conformidad con el artículo 44, numeral 3, de la Constitución; en concordancia con el artículo 94 del Código Penal.<sup>30</sup>

Em suma, a prevenção especial negativa visa, através da pena, apenas a neutralização do criminoso para que não venha cometer novos delitos, durante o período que permanece na instituição carcerária.

#### 1.2.1.2. PREVENÇÃO ESPECIAL POSITIVA

Já a prevenção especial positiva visa oferecer ressocialização ao acusado durante a sua permanência no estabelecimento penitenciário, sendo que o trabalho para correção deste indivíduo será feito por sociólogos, psicólogos, assistentes sociais, dentre outros. ZAFFARONI denominada esta teoria como "ideologias re: ressocialização, reeducação, reinserção, repersonalização, reindividualização, reincorporação"<sup>31</sup>.

René Ariel DOTTI explica que as formas acima da prevenção especial estão concentradas em três domínios, quais sejam, "moral, pelas tentativas psicológicas de emenda, de correção, de reabilitação; familiar e profissional, pelo objetivo de

<sup>29</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal...*, p.459.

<sup>30</sup> MORALES, Alejandro J. Rodríguez. *Op.cit.*, p.343.

<sup>31</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. et. al. *Direito Penal brasileiro...*, p.126.

readaptação e de reeducação; social, pela finalidade de reinserção, de ressocialização”<sup>32</sup>.

Contrário ao pensamento de Von LISZT, acima citado, quanto a ressocialização, FERRAJOLI explica porque a ressocialização não deve ser um fim perseguido pela pena:

Porque o estado – afirma – que não tem o direito de forçar os cidadãos a não serem malvados, senão só o de impedir que se danem entre si, tampouco tem o direito de alterar – reeducar, redimir, recuperar, ressocializar ou outras idéias semelhantes – a personalidade dos réus. E o cidadão, embora tenha o dever jurídico de não cometer fatos delitivos, tem, no entanto, o direito de ser interiormente malvado e de seguir sendo o que é. As penas, por conseguinte, conclui ele, não devem perseguir fins pedagógicos ou correccionais senão que devem consistir em sanções taxativamente predeterminadas, e não agraváveis com tratamento diferenciados e personalizados do tipo ético ou terapêutico.<sup>33</sup>

Um dos óbices observados nessa teoria seria a ausência de limites a intervenção do estado na imposição das regras necessárias a ressocialização. Neste sentido, Adel el TASSE indaga e demonstra a falta de prática nessa teoria:

Cabe, a este propósito indagar como seria possível conciliar a finalidade ressocialização com sistema penal de execução por tempo certo? Ora, ao menos teoricamente, o condenado pode muito bem alcançar a meta optada do programa ressocializados antes ou depois do final da pena. Se alcançá-la antes não deveria, então, ser imediatamente posto em liberdade, por desaparecerem as razões que determinaram e justificaram o confinamento? Pelo reverso, o condenado, ao término da pena, não teria que permanecer preso até a data em que vier a ser declarado apto para a vida em liberdade? Mas, em ambas as situações, onde ficaria a segurança jurídica colimada pelo sistema de penas fixas?

Ademais, dentro dos estritos termos da teoria da prevenção especial haveria um sem-número de casos onde a punição penal restaria absolutamente obstada, na medida em que o seu autor apresentasse absoluta sociabilidade.

Como exemplo se pode pensar no criminoso passional, autor não raras vezes do mais grave ilícito penal, o homicídio, e sobre o qual se tem segurança na afirmação de que não se encontra inapto para a vida em sociedade, posto que seu delito foi orientado por motivações emocionais e psíquicas que provavelmente nunca lhe voltarão a ocorrer. Em situações como esta a teoria da prevenção especial não consegue fornecer fundamentos para a necessidade de imposição da pena.<sup>34</sup>

É possível observar faticamente que a função declarada da prevenção especial não é cumprida. Isto porque, o Estado, através de suas próprias regras morais, daquilo que acha correto, impõe ao acusado um tratamento penitenciário, visando a sua melhoria, ou seja, parte do pressuposto que o acusado é “doente” ou

<sup>32</sup> DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. São Paulo: RT, 1998.p.230.

<sup>33</sup> QUEIROZ, Paulo. Justificação do direito de punir na obra de Luigi Ferrajoli: algumas observações críticas. In: \_\_\_\_\_(org). **Introdução crítica ao estudo do sistema penal**. Florianópolis: Diploma Legal, 1999. p. 119.

<sup>34</sup> TASSE, Adel el. Op.cit., p.69.

“comportamento desviante”, o qual precisa de tratamento. Ora, esta função não é verificada na realidade, talvez nunca tenha sido, uma vez que as penitenciárias não ressocializa ninguém, ao contrário, se torna uma escola de crimes.

### 1.2.2. Prevenção geral

Na visão tradicional, a prevenção geral justifica a pena pelos seus efeitos intimidatórios aos possíveis e futuros criminosos, inibindo-os de cometer crimes. Assim, é destinada a todos os indivíduos da sociedade, visando inibi-los da prática delituosa, em virtude da aplicação da pena.

Essa teoria teve como principais defensores Bentham, Beccaria, Filangieri, Schopenhauer, mas como percussor foi Paul Johann Anselm Ritter von FEUERBACH com a teoria da coação psicológica, em que a pena coage psicologicamente os cidadãos de não realizarem crimes, tendo em vista a incidência da pena<sup>35</sup>. Mas na atualidade, um dos defensores dessa teoria é Günter Jakobs.

A coação realizada pela aplicação da pena, é bem definida por Franz VON LISZT:

Mas o direito não é sómente uma ordem de paz, senão também, e segundo a sua mais íntima natureza, uma ordem de combate. Para preencher o seu fim, o direito precisa de força que curve as vontades individuaes reluctantes. Por traz da ordem pacifica das relações da vida está o poder publico, o qual dispõe da força necessária para reduzir os recalcitrantes á obediência de suas normas e tornar uma realidade, onde se fizer mister, a ligação lógica entre facto e os seus efeitos jurídicos. Um novo momento manifesta-se assim na idéa do direito, a coacção, e esta se nos apresenta sob três formas principaes: 1º. Como preenchimento obrigado do dever juridico (execução forçada); 2º. Como restabelecimento da ordem perturbada (indenmisação); 3º como punição do desobediente.

(....)

Advertindo e intimidando, a comminação penal accrescenta-se aos preceitos imperativos e prohibitivos da ordem jurídica. Ao cidadão de intenções rectas, ella mostra, sob fórmula mais expressiva, o valor que o estado liga aos seus preceitos; aos homens dotados de sentimentos menos apurados ella põe em perspectiva, como consequência do acto injurídico, um mal, cuja representação deve servir de contrapeso ás tendências criminosas<sup>36</sup>.

<sup>35</sup> PRADO, Luiz Regis. Op.cit.,p. 527.

<sup>36</sup> LISZT, Franz von. Op.cit., p.97-99.

Para PUIG, essa intimidação deve ser exercida dentro dos limites colocados pelo Estado Democrático de Direito, pois somente desta forma a prevenção geral “se apresentará necessariamente como correta intimidação estabilizadora”.<sup>37</sup>

Ocorre que quando adota-se unicamente a teoria da prevenção geral, há grande possibilidade de tornar um Estado de terror, pois essa não impõe limites para ampliar a pena, visando intimidar a sociedade para não praticar crimes. Observa-se que o ordenamento jurídico brasileiro utiliza essa teoria para majorar os limites da pena, como por exemplo, a lei de crimes hediondos e a lei do sistema nacional de armas. Entretanto, conforme já demonstrado faticamente, o endurecimento da pena não reduz a criminalidade.<sup>38</sup>

Nesse sentido, ZAFFARONI corrobora a idéia de SANTORO FILHO: “A prevenção geral, em um Estado que não seja de terror, não pode ser mais que um efeito tangencial da prevenção penal, que nunca pode ser buscado nem tomado em consideração, por um legislador racional”.<sup>39</sup>

Outra crítica contra a teoria geral é a de que o indivíduo infrator da norma é utilizado como instrumento para os fins do estado, ocasionando uma violação ao princípio da dignidade da pessoa humana e do Estado Democrático de Direito.

BITTENCOURT enumera os problemas normativos e empíricos que a teoria geral encontra:<sup>40</sup>

1º) conhecimento da norma jurídica por seu destinatário: para que o cidadão tenha medo da penalização ao cometer um delito, ele deve ter conhecimento de dois fatores: cominação penal e a execução da pena. Entretanto, isso não é vislumbrado na realidade;

2º) Motivação dos destinatários da norma: “demonstrou-se a idéia de um *homo oeconomicus*, que avalia vantagens e desvantagens de sua ação e, conseqüentemente, desiste de cometê-la, porque o sistema juridico-penal, com a cominação de pena e a possibilidade de executá-la, levá-la conclusão (suposição) de que não vale a pena praticá-la”.<sup>41</sup>

---

<sup>37</sup> PUIG, Santiago Mir. Op.cit., p.32. (tradução livre)

<sup>38</sup> SANTORO FILHO, Antonio Carlos. Op.cit., p.57.

<sup>39</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro...**, p.105.

<sup>40</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto. Op.cit. p. 115/116.

<sup>41</sup> Ibidem, p.116.

3º) Idoneidade dos meios preventivos: a pena não pode ser agravada de forma desproporcional ao crime praticado com a finalidade de intimidação da sociedade, como um Direito Penal do terror.

Da mesma forma que a teoria preventiva especial, a prevenção geral possui duas vertentes, passando-se para análise específica de cada uma.

#### 1.2.2.1. PREVENÇÃO GERAL NEGATIVA

Sob o prisma negativo, a teoria justifica a aplicação da pena através da intimidação da pena, pois os indivíduos deixariam de realizar crimes devido a aplicação da pena. Ou seja, a finalidade da pena é a intimidação, afastando a análise do próprio indivíduo e a sua responsabilidade pela realização do crime, tornando exemplo para a sociedade. Nesse passo, a teoria da coação psicológica, de Feuerbach, acima explicada, defende essa corrente negativa.

Para FEUERBACH, o direito penal, através da aplicação da pena, é o meio adequado para reduzir a criminalidade. Isto porque, inicialmente coage os indivíduos da sociedade a não cometer crimes, tendo em vista a cominação legal e, num segundo momento, com a aplicação da pena, os indivíduos observam que a ameaça foi realizada. Além disso, o “homem racional” quando coagido psicologicamente pela pena calcula as vantagens e desvantagens na realização do delito e a aplicação da pena.<sup>42</sup> Ocorre que isso não se verifica na realidade, “dar por demonstrado que o ser humano empreende um frio cálculo de rentabilidade perante cada impulso infracional é arrimar-se numa ficção. Mesmo um discurso penal legitimante não pode fundar-se numa óbvia falsidade, e o uso desse argumento equivale a uma confissão de que não existe base validade para ocultar a natureza policial do poder punitivo”<sup>43</sup>

Um dos defensores desta teoria é Luigi FERRAJOLI, em que a pena não tutela só o ofendido do crime, mas também o seu ofensor. Assim, a pena tem duplo caráter preventivo: a) prevenir a prática de futuros delitos; b) prevenir reações arbitrárias do particular e do Estado contra o indivíduo ofensor, ou seja, que a sociedade faça justiça com suas próprias mãos.<sup>44</sup>

---

<sup>42</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p.113.

<sup>43</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. et. al. **Direito Penal brasileiro...**, p.120.

<sup>44</sup> QUEIROZ, Paulo. Op.cit., p. 118.

Esse último caráter preventivo deveria ser o principal fim da pena, capaz de fundamentar um direito penal mínimo e garantista.

A crítica consiste no fato de que as penas não inibem a prática de crimes, tanto que penas cruéis como as da Idade Média ou a pena privativa de liberdade por vários anos como as atuais, não intimidam a realizam de crimes. A doutrina também rechaça o argumento utilizado pelos defensores desta teoria, de que não seria o rigor da pena, mas a certeza da punição, visto que se trata de um mero argumento de política de controle penal.

Quando FERRAJOLI afirma que a pena deve ser aplicada para prevenir reações arbitrárias e prevenir a prática de crimes, é a mesma coisa. Isto porque reações privadas (vingança) e públicas (abuso de poder) ambas são crimes. Além disso, prevenir reações arbitrárias não é algo exclusivo do direito penal, mas de todo o direito. Assim, não justifica o direito penal, mas o próprio direito<sup>45</sup>.

Para defender sua teoria em face deste argumento, FERRAJOLI explica:

Sua segunda crítica, segunda a qual a prevenção das reações informais é uma função de todo o direito e não só do direito penal, que ademais eu considere, por outro lado, “como um todo”, parece-me não corresponder ao quanto eu tenho repetidamente escrito: antes de tudo, que o direito penal é só um meio e, por certo não o único meio, de prevenção dos delitos, justificável só se ‘mínimo’, ou seja, como extrema ratio, com base nos princípios de economia e de necessidade, onde não são suficientes os meios civis ou administrativos e, sobretudo, medidas sociais; em segundo lugar, aquilo que proponho é um modelo de justificação e, conjuntamente, de deslegitimação não do direito penal enquanto tal, mas deste ou daquele setor singular ou norma ou pena ou instituto específico de cada direito penal concreto.<sup>46</sup>

Além disso, há outros óbices para função negativa: inexistência de limitador da pena e a exemplaridade da pena “viola a dignidade da pessoa humana, porque *acusados reais* são punidos de forma *exemplar* para influenciar a conduta de *acusados potenciais*, ou seja, aumenta-se injustamente o sofrimento de acusados reais para desestimular o comportamento criminoso de acusados potenciais”<sup>47</sup>. (grifo no original)

Com base na exemplaridade, a aplicação desta teoria poderia aumentar exacerbadamente as penas dos crimes mais praticados por uma sociedade e os

<sup>45</sup> Ibidem, p. 123.

<sup>46</sup> QUEIROZ, Paulo. Op.cit., p. 126.

<sup>47</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal...**, p.461.

mais graves<sup>48</sup>. Isto porque, o desestímulo para a prática do crime está na pena, portanto, não há limite para a majoração, visto que será a pena tanto quanto necessário para o desestímulo, razão pela qual viola o princípio da dignidade da pessoa humana.

Mesmo porque, na prática, as fases da condenação e da execução, nem sempre chegam ao conhecimento da sociedade em geral, exceto naqueles casos em que há clamor social, e com isso, compromete um dos fundamentos da aplicação da pena por essa teoria, que seria a intimidação dos indivíduos da sociedade em não cometer crimes<sup>49</sup>.

#### 1.2.2.2. PREVENÇÃO GERAL POSITIVA

A função preventiva geral positiva nasceu no final do século XX, quando verificado que as outras teorias não correspondiam a realidade e incompatíveis com o estado de direito. Em um panorama geral, a “criminalização estaria fundamentada em seu efeito positivo sobre os não-criminalizados, não porém para dissuadi-los pela intimidação, e sim como valor simbólico produtor de consenso e, portanto, reforçador de sua confiança no sistema social em geral.”<sup>50</sup>

Possui duas correntes doutrinárias. A primeira atribui à pena uma natureza *relativa*, visto que uma das suas funções é a proteção dos bens jurídicos, de forma subsidiária, uma vez que há outros meios para protegê-los. Além disso, essa proteção é parcial, pois incide apenas nos bens juridicamente selecionados. Roxin é um dos defensores dessa teoria, denominando-a de *integração/prevenção* “como demonstração da inviolabilidade do Direito, necessária para preservar a confiança na ordem jurídica e reforçar a fidelidade jurídica do povo...”<sup>51</sup>

Já quanto a teoria da prevenção geral positiva de natureza *absoluta*, defendida por Jakobs, a partir da teoria sociológica do sistema social de LUHMANN, consiste em imputar a pena como realizadora de todas as funções declaradas da pena como correção, neutralização e retribuição. A partir disso, a pena “seria dirigida a todos os seres humanos, como exercício (a) de *confiança na norma*, necessário

<sup>48</sup> PRADO, Luiz Regis. Op.cit., p. 531.

<sup>49</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. Op.cit., p. 125.

<sup>50</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. et. al. **Direito Penal brasileiro...**, p.121.

<sup>51</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal ...**, p.462.

para saber o *que esperar* na interação social, (b) de *fidelidade jurídica* pelo reconhecimento da pena *como efeito da contradição da norma* e, finalmente, (c) de *aceitação das conseqüências* respectivas, pela conexão do comportamento criminoso com o dever de suportar a pena...<sup>52</sup>

Assim, é por meio da pena que se restabelecem as expectativas normativas afetadas pela prática criminosa, como também possui a função de manter a confiança da sociedade no direito penal.

“A legitimação do discurso punitivo consiste no exclusivo objetivo de afirmação da validade da norma, a qual seria colocada em dúvida caso em seguida de um crime não houvesse punição”<sup>53</sup>.

Entretanto, cabe ressaltar que mesmo com a prática delituosa que afetam as expectativas estabilizadas, as normas não têm sua vigência abalada. E a pena torna-se um símbolo para a sociedade, de que “não obstante a ocorrência do crime (da violação da norma), ela continua tendo validade”.<sup>54</sup>

Portanto, a norma teria justificativa de consolidar a confiança da sociedade nas normas penais, bem como fortalece a determinação do comportamento de acordo com essas normas, ou seja, a teoria preventiva geral positiva visa a estabilização das normas penais.<sup>55</sup>

Através deste critério, observa-se que a pena seria uma proteção do próprio ordenamento jurídico, assim ao violar a norma se impõe a pena, sendo um fim em si mesmo, sem analisar o seu conteúdo. Seguindo esta idéia, não há critérios de medição para estabilização da norma, ou seja, da própria pena, pois sempre que há violação da norma, há a aplicação da pena, sem considerar as características do agente. A partir disso, seria possível penalizar qualquer indivíduo independente da sua culpabilidade, inclusive os inimputáveis, pois o fundamento da pena é a reafirmação do ordenamento jurídico, e não o indivíduo infrator da norma<sup>56</sup>.

Apesar de essa teoria ser denominada de relativa, verifica-se que se trata, na verdade, de absoluta, pois “quando, sempre que infringe a norma, aplica-se uma pena, independente da culpabilidade do autor, tem-se uma justiça absoluta, e não

---

<sup>52</sup> Ibidem, p.463.

<sup>53</sup> BOZZA, Fábio da Silva. Uma análise crítica sobre a prevenção geral positiva de Günther Jakobs. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, ano VII, n.26, p. 195-217, jul./set. 2007.p.196.

<sup>54</sup> BOZZA, Fábio da Silva. Op.cit., p.201.

<sup>55</sup> Ibidem, p.202.

<sup>56</sup> PRADO, Luiz Regis. Op.cit., p. 530-531.

relativa. Por conseguinte, o Direito Penal, deixa de ser a *ultima ratio* para converter-se em *prima ratio*, dado que a pena seria uma consequência absoluta da transgressão da norma.”<sup>57</sup>

Em virtude disso, percebe-se que o foco da teoria é o ordenamento, afastando o homem como núcleo de proteção do sistema jurídico, ou seja, deixa de ser sujeito e passa a ser instrumento (objeto) para reafirmar a norma.

Luiz Regis PRADO critica a função preventiva geral positiva, pois estaria em conflito com o princípio do Estado Democrático de Direito:

A teoria da prevenção geral, seja a intimidatória, seja a positiva ou integradora têm como presunção absoluta o que se critica na teoria da retribuição, isto é, a impossibilidade de ser empiricamente demonstrada a racionalidade absolutamente livre do homem, no caso da primeira, e a capacidade de motivação pela norma, na segunda.

Mas não é só isso. Ambas não conseguem superar o grave óbice da manipulação do homem, e daí a inevitável fricção com o princípio do Estado democrático de Direito<sup>58</sup>.

Por fim, cabe destacar que essa teoria aplica a psicanálise para explicar a justiça penal, ou seja, “consenso da satisfação pelo castigo por parte de quem conteve suas pulsões”<sup>59</sup>. Ocorre que esse consenso serve para fortalecer a imunidade daqueles que contiveram suas pulsões, e não quanto os valores que negam<sup>60</sup>.

Diante disso, “renova-se o despotismo ilustrado em outros termos: a tirania – que, na velha versão de Hobbes, era preferível ao caos – é substituída pelo engodo comunicacional, preferível ao desequilíbrio e à ruptura do sistema”<sup>61</sup>.

---

<sup>57</sup> Ibidem, p. 531.

<sup>58</sup> PRADO, Luiz Regis. Op.cit., p. 529.

<sup>59</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. et. al. **Direito Penal brasileiro...**, p.122.

<sup>60</sup> Ibidem, p.123.

<sup>61</sup> Idem.

### 1.3. TEORIA UNIFICADORA, MISTA E ECLÉTICA

A teoria mista é a unificação das duas teorias anteriormente tratadas, visando reduzir as carências apresentadas isoladamente por cada teoria. Assim, a teoria eclética possui natureza retributiva, mas com a finalidade de prevenção geral e específica. A partir de então diferencia o fundamento do fim da pena.

O fundamento está no próprio crime, o que limita o poder punitivo do Estado na retribuição e no princípio da culpabilidade, uma vez que a punição deve ser apenas nos limites do delito praticado.

Assim, reconhece a retribuição como uma das finalidades da pena, mas como um limitador ao poder punitivo do Estado, destacando-se que o caráter retribucionista não é absoluto visto que limitado por postulados humanistas e pela prevenção especial, buscando que o condenado se readapte a sociedade.<sup>62</sup>

A concepção mista foi iniciada por Merkel, na Alemanha no início do século XX. Além disso, o movimento de Defesa Social, iniciado na Itália, em 1945, teve como percussor Felipo Grammatica, e posteriormente Marc Ancel, com a outra denominação, de Nova Defesa Social, que defendiam a idéia de que a pena não deveria ter como único fundamento a retribuição, mas outros dois fins, quais sejam, de curar o individuo e/ou segregá-lo da sociedade<sup>63</sup>.

Essa teoria é a mais adotada nos Códigos Penais, dentre eles, destaca-se o projeto de reforma do Código Penal da Espanha, que acolheu a teoria eclética por “compatibilizar o quia peccatum e o ne peccetur, ou seja, a reunião das exigências de justiça com os critérios de utilidade”<sup>64</sup>.

Também é adotada pelo nosso ordenamento jurídico, conforme pode ser observado pelo artigo 59, do Código Penal, já citado, em que a reprovação consistiria na retribuição da prática criminosa, e prevenção engloba a prevenção especial e geral. Observa-se na jurisprudência, a fundamentação para a aplicação da pena com base na teoria mista, mas com ênfase na prevenção especial e geral. Dentre as várias decisões dos Tribunais, cita-se a fundamentação da Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Laurita Vaz:

---

<sup>62</sup> TASSE, Adel el. Op.cit., p.74.

<sup>63</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. Op. cit., p.130.

<sup>64</sup> DOTTI, René Ariel. Op.cit., p.228.

Cabe ressaltar que a aplicação da lei penal deve respeitar o ordenamento jurídico e a sua finalidade, bem como os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Como bem salienta Assis Toledo, "a característica do ordenamento jurídico que primeiro salta aos olhos é a sua finalidade preventiva: antes de punir ou com o punir, quer evitar o crime. Com razão assinala Radbruch: '...importa não esquecer que o direito não pretende somente julgar a conduta humana; pretende também determiná-la em harmonia com seus preceitos e impedir toda a conduta contrária a eles.' [...] **Prevenção geral e especial são, pois, conceitos que se completam. E, ainda, que isto possa parecer incoerente, não excluem o necessário caráter retributivo da pena criminal no momento de sua aplicação, pois não se pode negar que pena cominada não é igual a pena concretizada, e que esta última é realmente pena da culpabilidade e mais tudo isto: verdadeira expiação, meio de neutralização atividade criminosa potencial ou, ainda, ensejo para recuperação, se possível, do delinqüente, possibilitando o seu retorno à convivência pacífica na comunidade dos homens livres**" (in Princípio Básicos de Direito Penal, 4.ª ed., Saraiva, p. 3).

Como se vê, a reincidência deve ser majorada de forma proporcional e razoável, o que não aconteceu no caso em apreço<sup>65</sup>. (grifou-se)

Juarez CIRINO DOS SANTOS explica a teoria mista e suas funções: "Em outra perspectiva, essa tríplice função da pena corresponderia aos três níveis de realização do Direito Penal: a função de prevenção geral negativa corresponde à *cominação* da ameaça penal no tipo legal; a função de retribuição e a função de prevenção geral positiva correspondem à *aplicação* judicial da pena; a função de prevenção especial positiva e negativa à *execução* penal".<sup>66</sup>

"Os ecléticos, portanto, recusam estudar a pena sob o ângulo restrito da dualidade retribuição-prevenção. Inserem um novo ingrediente: a sociedade a ser defendida contra o crime e em cujo meio o delinqüente deve ser reinserido, sem traumas. Aquela é o centro das atenções. Este, alvo de atenções secundárias!"<sup>67</sup>

SANTORO FILHO afirma que ao unir as teorias da retribuição com as preventivas, deve ser feito algumas adaptações para evitar que os defeitos de cada teoria continuem também na eclética. Assim, os fins da concepção retribucionista devem ser substituídos pelo princípio da proporcionalidade, em que a gravidade da sanção não deve ser superior ao próprio crime praticado. Com isso, passa a "constituir-se em garantia do acusado, no sentido de protegê-lo da aplicação de

<sup>65</sup> STJ. REsp 882.046/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, quinta turma, julgado em 11.03.2008, DJ 07.04.2008, p. 4.

<sup>66</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal...*, p.465.

<sup>67</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. *Op.cit.*, p.131.

penas por demais rigorosas e desproporcionais às conseqüências da violação perpetrada”.<sup>68</sup>

Já em relação a prevenção geral, deixa de ser coação psicológica e passa a ter a função de proteção aos bens jurídicos, sendo que essa fase ocorre na elaboração das leis. E a prevenção especial, não tem como fundamento a ressocialização, mas a disposição de “meios capazes de provocar a sua reintegração à vida social ordenada, numa oportunidade conferida ao condenado, que dela poderá aproveitar-se ou não, de acordo com a sua liberdade de escolha”, conforme consta na Lei de Execuções Penais.<sup>69</sup>

René Ariel DOTTI, favorável a construção teórica eclética, afirma que a referida teoria surgiu como “necessária e importante conciliação” das teorias absolutas e relativas.<sup>70</sup>

Contrapondo a esse entendimento, Juarez CIRINO DOS SANTOS demonstra a impossibilidade da união das teorias:

O argumento da crítica pode ser sintetizado em duas razões principais: primeiro, o feixe de funções conflitantes das teorias unificadas não permite superar as debilidades específicas de cada função declarada ou manifesta da pena criminal – ao contrário, as teorias unificadas significam a soma dos defeitos das teorias particulares; segundo, não existe nenhum fundamento filosófico ou científico capaz de unificar concepções penais fundadas em teorias contraditórias, com finalidades práticas reciprocamente excludentes.<sup>71</sup>

Corroborando esse entendimento, ZAFFARONI explica que “as combinações teóricas incoerentes, em matéria de pena, são muito mais autoritárias do que qualquer uma das teorias puras, pois somam as objeções de todas as que pretendem combinar e permitem escolher a pior decisão em cada caso. Não se trata de uma solução juridico-penal, mas de uma entrega do direito penal à arbitrariedade e da conseqüente renúncia à sua função mais importante.”<sup>72</sup>

Portanto, conclui-se que existem inúmeras críticas quanto a união de teorias tão diferentes como a retributiva e da prevenção (geral e específica). Entretanto, o nosso ordenamento jurídico o adota, bem como é fundamento para as decisões dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça.

---

<sup>68</sup> SANTORO FILHO, Antonio Carlos. Op.cit., p. 61.

<sup>69</sup> Ibidem, p. 62.

<sup>70</sup> DOTTI, René Ariel. Op. cit., p.227.

<sup>71</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal...*, p. 486.

<sup>72</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. et. al. *Direito Penal brasileiro...*, p.141.

Ocorre que nenhuma das teorias até aqui apresentadas conseguiu cumprir na realidade os fins propostos, seja em relação à sociedade, com a redução da criminalidade, ou ao próprio indivíduo, com a ressocialização. Diante disso, o último capítulo visa demonstrar uma crítica aos fins declarados da pena, com visão da criminologia, bem como reafirmar que o direito de punir do estado, está fundamentado em justificativas não realizáveis em nossa sociedade.

## 2. CRÍTICA AOS FINS DECLARADOS DA PENA.

Há muito tempo se observa a inaplicabilidade, de um modo geral, das justificações das teorias da pena. Neste ponto, necessárias as palavras de CERVINI diante da criminalidade: “dessa sombria situação que se exterioriza no desequilíbrio notório entre as necessidades de proteção real do homem e um sistema penal sobrecarregado e ineficaz”.<sup>1</sup>

No século XVI, o filósofo espanhol Juan Luís Vives afirmava que as torturas impostas aos condenados não surtiam efeitos, pois a maior parte da criminalidade ocorria em virtude da pobreza e da fome<sup>2</sup>.

Entretanto, o primeiro movimento abolicionista, aconteceu com a obra “Dos Delitos e das Penas”, de Cesare BECCARIA, o qual pregava pela extinção de castigos físicos, utilizado como meios de prova.<sup>3</sup> Para ele, as penas deveriam ser proporcionais ao dano social causado<sup>4</sup>.

Após a Segunda Guerra Mundial, surge o movimento de “Defesa Social”, liderado por Fellipo Gramática e posteriormente em 1954, renomeado de movimento em “Nova Defesa Social”, tendo como principal defensor Marc Ancel, o qual buscava “realizar um permanente exame crítico das instituições vigentes, buscando atuar, melhorar e humanizar a atividade punitiva, logo como reformar ou também abolir essas instituições”<sup>5</sup>.

O lema do movimento era “não uma pena para cada crime, mas uma medida para cada pessoa”. A fim de se diferenciar do positivismo, o movimento afirmava a individualidade da pessoa humana e os valores morais predominantes, bem como a responsabilidade da sociedade com o criminoso, e utilizava recursos da ciência moderna.<sup>6</sup>

Apesar da importância do movimento, principalmente como marco histórico para a problemática da justificação da pena, e a sua ineficiência em face da

---

<sup>1</sup> CERVINI, Raul. **Os processos de descriminalização**. São Paulo: RT, 1995.p.192.

<sup>2</sup> COSTA, Sidney Alves. **Abolicionismo Penal**. In: KUEHNE, Maurício (org). **Ciência penal: coletânea de estudos em homenagem a Alcidez Munhoz Netto**. Curitiba: JM, 1999.p. 343.

<sup>3</sup> COSTA, Sidney Alves. *Op. cit.*, p.344.

<sup>4</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI. José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro...**, p.271.

<sup>5</sup> COSTA, Sidney Alves. *Op. cit.*, p.345.

<sup>6</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal...**, p.48.

criminalidade, não conseguiu retirar o caráter repressivo da política criminal, uma vez que

Protege e reproduz uma ordem social criminosa contra medidas estruturais efetivamente "profiláticas", capazes de erradicar as injustiças e desigualdades sociais, bases permanentes (e intocadas) de produção e reprodução do crime, a resposta dos "resistentes", irracional e inadequada (mas inevitável), em face de condições sociais adversas, que só podem ser transformadas pela ação coletiva organizada do conjunto das classes trabalhadoras.<sup>7</sup>

E por fim, a Política Criminal Alternativa que nega os fins da pena declarados. Propõe um programa progressivo de descriminalização e despenalização. O abolicionismo penal possui duas concepções: abolicionismo institucional, tem oposição à instituição carcerária e instituições penais segregatórias; e o reducionismo penal, na década de 60, o movimento doutrinário denominado de "espírito de reforma", buscando reduzir a intervenção legislativa penal, o que reflete o princípio da intervenção mínima<sup>8</sup>.

Prega-se que o direito penal deve ser a *ultimo ratio* na proteção dos bens jurídicos. A justificativa desse movimento é que os tipos penais se referem a uma sociedade que não mais existe na realidade, pois a "criminalidade moderna, de modo geral, caracteriza-se pela urbanização, caráter anônimo das relações humanas, falta de transparência das situações, fracasso dos controles sociais e informar e pelas grandes concentrações de poder político e econômico, especialização profissional, (...)".<sup>9</sup>

Dos vários movimentos doutrinários discutindo as finalidades da pena, encontra-se a criminologia, a qual observa que apesar da pena não cumprir os fins declarados, há outros objetivos, os não declarados, que são atingidos pelas políticas criminais adotadas por cada Estado, e esses seriam os motivos para permanecer em vigência a aplicação da pena, ainda que já demonstrado a fracasso das justificativas declaradas da pena.

Nesse passo, são importantes as considerações de ZAFFARONI: "A dor e a morte que nossos sistemas penais semeiam estão tão perdidas que o discurso jurídico-penal não pode ocultar seu desbaratamento valendo-se de seu antiquado

---

<sup>7</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **As raízes do crime**: um estudo sobre as estruturas e as instituições da violência. Rio de Janeiro: Forense, 1984.p.51.

<sup>8</sup> COSTA, Sidney Alves.Op. cit.,p.345.

<sup>9</sup> CERVINI, Raul. Op. cit., p.193.

arsenal de racionalizações reiterativas: achamo-nos, em verdade, frente a um discurso que se desarma ao mais leve toque com a realidade”<sup>10</sup>.

O discurso crítico das teorias criminológicas da pena é composto pela teoria agnóstica da pena e na teoria materialista/dialética da pena.

A primeira teoria foi desenvolvida por Eugênio Raúl ZAFFARONI e Nilo BATISTA, a qual possui fundamento em dois modelos ideais:

a) estado de polícia: exercício de poder vertical e autoritário, em que os conflitos são eliminados através das funções declaradas da teoria da retribuição e prevenção, conforme a vontade do grupo;

b) estado de direito: exercício do poder horizontal e democrático, em que os conflitos são eliminados através de regras democráticas estabelecidas, com limitação do poder de polícia.

Do ponto de vista científico, esta teoria nega as funções declaradas da pena, as quais constam no discurso oficial das teorias da retribuição e prevenção, conforme já estudado no capítulo anterior; e é agnóstica, porque desconhece as funções reais da pena criminal, “indica desinteresse científico sobre realidades ocultas por detrás da aparência de instituições sociais, parece romper com a tradição histórica da Criminologia Crítica”.<sup>11</sup>

Essa teoria crítica tem como meta a “proteção de bens jurídicos (segurança jurídica), mas em lugar de cair na ilusão de que protege os bens das vítimas (ou de eventuais vítimas futuras e por enquanto imaginárias ou inexistente), assume o compromisso real de proteger os que são efetivamente ameaçados pelo crescimento incontrolado do poder punitivo”<sup>12</sup>.

Outro problema verificado é a carência de critérios legais e doutrinários claros para a quantificação das penas, o que dá margem a apreciações tão amplas e carentes de critérios reguladores que, praticamente, entrega esse campo à arbitrariedade, eliminando-se a chamada “legalidade das penas”.<sup>13</sup>

---

<sup>10</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1991.p.12.

<sup>11</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal...**, p. 469.

<sup>12</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. et. al. **Direito Penal brasileiro...**, p.111.

<sup>13</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas...**, p.28.

Já a teoria materialista/dialética da pena criminal, visa demonstrar a real natureza da teoria da retribuição penal, afastando completamente as justificativas adotadas pelos estudiosos do primeiro capítulo deste trabalho.

Além disso, explica que “a função de retribuição equivalente da pena criminal 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 capitalistas”.<sup>14</sup>

O percussor desta teoria foi PASUKANIS, com a obra “A teoria geral do direito e o marxismo”, de 1924, o qual demonstrou que surgiram na mesma época: “o capitalismo industrial (e a economia política de Ricardo), a declaração universal dos direitos do homem, e o sistema de penas da prisão (medidas pelo tempo)”.<sup>15</sup>

Posteriormente RUSCHE/KIRCHHEMER (1977) explicam que as punições possuem a relação de mercado com o sistema de punição, uma vez que o indivíduo é controlado pela disciplina da fábrica, enquanto que aquele fora do mercado de trabalho é disciplinado pelas regras da prisão. Podendo ser explicado da seguinte forma: “todo sistema de produção descobre (usa) a punição que corresponde às suas relações produtivas”.<sup>16</sup>

Assim, se há força de trabalho insuficiente para atender o mercado de trabalho, a punição busca preservar a mão-de-obra através de trabalho forçado. Entretanto se essa força de trabalho é excedente, a punição tem caráter de destruição, por meio da pena corporal.<sup>17</sup>

FOUCAULT em 1975 com a obra Vigiar e Punir, apresentava o controle das prisões com o mercado de trabalho, visto que os indivíduos presos eram disciplinados de maneira a “produzir corpos dóceis e úteis como disciplina da força de trabalho”.<sup>18</sup>

Ivan JANKOVIC, em 1977, estudou a prisão em relação ao mercado de trabalho. Da sua pesquisa concluiu que o aumento do desemprego “determinou crescimento do volume de presos (e da freqüência das prisões), independente do

---

<sup>14</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal ...*, p. 471.

<sup>15</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A Criminologia Radical*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.p.46.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p.41 .

<sup>17</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal ...*, p. 471.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 472.

volume de crimes, com a refutação complementar da tese da redução das penas de prisão no capitalismo monopolista”<sup>19</sup>.

Em 1977, MELOSSI/PAVARINI, em *Cárcere e Fábrica*, explica a relação entre essas duas instituições para explicar o controle penal. De um lado as fábricas, instituições de estruturas sociais, e de outro o cárcere, instituições controle social, sendo que aquele depende da disciplina deste para “manter e reproduzir as relações sociais de dominação/exploração de classe”<sup>20</sup>.

Com a rapidez da acumulação de capital proporcionado pelas indústrias, as massas miseráveis se reproduziam em aceleradamente, o qual não foi absorvido pelo sistema capitalista, em virtude disso, foi necessário um meio para neutralização dessas massas, dentre as quais, a prisão se tornou o meio mais eficaz:

A ideologia do contrato havia proporcionado apenas uma limitação frente à ameaça que para os capitalistas incipientes representava a nobreza, mas não os protegia suficientemente diante das massas miseráveis, e não devemos esquecer que o capitalismo incipiente se debatia entre as ameaças provenientes de ambos os setores. Com relação às massas miseráveis, era necessário reduzi-las (pela emigração) e, enquanto se iria desenvolvendo o lento processo de sua assimilação à produção industrial (que de momento requeria mantê-las na miséria, para acumular o capital produtivo que permitiria sua incorporação), era necessário controlá-las mediante o treinamento e a moralização.<sup>21</sup>

E por fim, BARATTA, em 1986, com a obra *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*, em que apresenta uma política criminal alternativa, no qual consiste na abolição do sistema penal e superar o capitalismo como modo de produção<sup>22</sup>. “A primeira é que contração ou ‘superação’ do direito penal deve ser contração e superação da pena, antes de ser superação do direito que regula o seu exercício”.<sup>23</sup>

Assim, com base nessa retribuição capitalista, a pena é o tempo da restrição de liberdade, de acordo com a gravidade do delito. Desta forma, “o valor de troca da pena criminal se realiza na retribuição equivalente – que caracteriza a função real ou latente da pena criminal no capitalismo – o valor do uso da pena criminal constitui

<sup>19</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A Criminologia Radical...*, p.49.

<sup>20</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal...*, p. 472.

<sup>21</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro...*, p.278.

<sup>22</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal...*, p. 473.

<sup>23</sup> BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: Introdução à sociologia do direito penal*. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.p.206.

utilidade atribuída ao valor de troca da pena criminal, sob as formas de prevenção especial e geral, cujas funções declaradas ou manifestas são ineficazes".<sup>24</sup>

A partir disso, o direito penal deve ser estudado como a lei de proteção do modo de produção capitalista, pois para manter a retribuição capitalista acima citado, protege as relações de produção e das forças produtivas. Ocorre que essa proteção afeta somente as classes dominadas enquanto integrado no processo produtivo. Caso não seja necessária a produção de mais-valia (força de trabalho excedente) não são protegidos pelo direito penal, nem como objetos.<sup>25</sup>

RUSCHE e KIRCHHEIMER, já explicavam, que o modo de produção capitalista através das relações do mercado de trabalho, produziu a generalização das prisões "como método de controle e disciplina das relações de produção (fábrica) e de distribuição (mercado), com o objetivo de formar um novo tipo humano: a força de trabalho necessária e adequada ao aparelho produtivo".<sup>26</sup>

É neste sentido que se concentram os esforços da criminologia radical

nas relações entre as esferas de produção (fábrica) e de circulação (instituições de controle), com o objetivo de desenvolver estratégias conjugando a militância dos trabalhadores com outros movimentos de massa (prisões, estudantes, libertação da mulher, etc), e de coordenar a luta contra o uso capitalista do Estado e a organização capitalista do trabalho (incorporando e instruindo as teses centrais dos partidos operários)<sup>27</sup>

Desta forma, a maneira mais fácil de controlar as grandes massas excluídas pelo capitalismo é através das prisões, mesmo porque consegue a neutralização dos excluídos sem a economia desacelerar seu crescimento. Neste sentido Carlos Alberto Gabriel GUIMARÃES explica:

Portanto, à massa excluída do consumo pela falta de trabalho resta a opção de obtenção de lucros com o encarceramento desta, em outras palavras, o dinheiro público ao invés de ir para programas sociais, inclusive de criação de empregos, vai para o sistema de justiça penal pagar pelo custo de seus detentos e, assim, fazer com que a economia continue aquecida.

Outro importante fator é que as políticas de repressão, em razão do trabalho realizado pela mídia, são bem mais aceitas pela opinião pública que quaisquer políticas sociais, que hoje carregam o estigma de estímulo à desocupação, uma vez que tais políticas solapam a vontade de trabalhar, alimentando uma cultura de dependência para com o Estado.<sup>28</sup>

<sup>24</sup> Ibidem, p. 475.

<sup>25</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *As raízes do crime...*, p.106-107.

<sup>26</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A Criminologia Radical* ..., p.43.

<sup>27</sup> Ibidem, p.79.

<sup>28</sup> GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. Políticas Públicas de Disciplina e Controle : do estado social ao estado penal. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, vol.10, n.1, p. 167-180, jan/jun 2005.p.173.

Essa teoria observa as funções reais da pena nos sistemas capitalistas, qual seja, manter a desigualdade social, o que é mantida pela função declarada da teoria prevenção específica – ressocialização.

O fim declarado da pena quanto a ressocialização e a neutralização, conforme já dito não reduz a criminalidade e não readapta o indivíduo da sociedade, portanto, a pena não está justificada pela teoria da prevenção específica.

Juarez CIRINO DOS SANTOS aponta os reais efeitos causados pela prisão ao indivíduo:

- a) A pena privativa de liberdade produz maior reincidência de crimes;
- b) O indivíduo fica habituado a punição, uma vez que a privação da sua liberdade tem efeitos negativos na sua vida, causando uma desclassificação social objetiva;
- c) “A execução da pena privativa de liberdade representa a máxima desintegração social”<sup>29</sup>, uma vez que há quebra dos vínculos familiares, sociais, principalmente o rótulo de ex-presidiário;
- d) Carreiras criminosas são produzidas nas prisões, que afastam a possibilidade de reintegração social – subcultura das prisões;
- e) “Prognoses negativas fundadas em indicadores sociais desfavoráveis, como pobreza, desemprego, escolarização precária, moradia em favelas, etc.”<sup>30</sup>
- f) Aumenta o grau de periculosidade do condenado, quanto maior for o seu tempo de permanência na prisão.<sup>31</sup>

Complementando as críticas à ressocialização e as prisões, ZAFFARONI explica que

o preso é ferido na sua auto-estima de todas as formas imagináveis, pela perda de privacidade, de seu próprio espaço, submissões a revistas degradantes, etc. A isso juntam-se as condições deficientes de quase todas as prisões, superpopulação, alimentação paupérrima, falta de higiene e assistência sanitária, etc.,

O efeito prisão, que se denomina prisionização, sem dúvida é deteriorante e submerge a pessoa numa “cultura de cadeia”, distinta da vida do adulto em liberdade.

Esta “imersão cultural” não pode ser interpretada como uma tentativa de reeducação ou algo parecido ou sequer aproxima-se do postulado da “ideologia do tratamento”; suas

---

<sup>29</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal...*, p. 477.

<sup>30</sup> *Idem.*

<sup>31</sup> *Ibidem*, p.478.

formas de realização são totalmente opostas a este discurso, cujo caráter escamoteador é percebido até pelos menos avisados<sup>32</sup>.

A história das prisões já demonstrou, através de pesquisas empíricas, principalmente quanto a reincidência na prática delituosa, nunca cumprir a sua função de ressocialização, “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado”, bem como que os efeitos degradantes da prisionização constituem precisamente o oposto do respeito à integridade física e moral dos presos<sup>33</sup>.

Mesmo diante de tantos argumentos, principalmente a própria realidade, na doutrina ainda encontra-se posicionamentos favoráveis a ressocialização, como René Ariel DOTTI, o qual afirma que “a luta pela ressocialização do infrator representa uma tomada de posição em nome da maioria social que reprovou a sua conduta e aceita a volta do condenado ao seu convívio mediante o implemento de uma condição: a de se revelar um sujeito prestante e, como tal, inofensivo ao perigo da reiteração”<sup>34</sup>.

Diante da discussão a cerca das prisões, e a sua incapacidade de ressocialização, conforme demonstrado durante este trabalho, é importante demonstrar a alternativa proposta por Alessandro BARATTA, que deixa de utilizar a palavra ressocialização para reintegração.

BARATTA afirma que a ressocialização como é posta atualmente é uma falácia, pois

En el primer caso, en la teoría del castigo y/o de la neutralización, se incurre en lo que en la filosofía práctica se denomina la “falacia naturalista”; se convierten los hechos en normas o se pretende deducir una norma de los hechos. En el segundo caso, con la nueva teoría de la resocialización, se incurre en la “falacia idealista”; se coloca una norma contrafáctica que no puede ser realizada, o sea, una norma imposible.<sup>35</sup>

Entretanto, o objetivo da ressocialização não deve ser abandonado, mas reinterpretada e reconstruída em uma base diferente:

a) conceito sociológico da reintegração social: as penas nas prisões devem ter um impacto menos negativo na vida do indivíduo. Uma política de reintegração social a curto e médio prazo deve considerar “una drástica reducción de la aplicación

<sup>32</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas...**, p.29.

<sup>33</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. et. al. **Direito Penal brasileiro...**, p.113.

<sup>34</sup> DOTTI, René Ariel. *Op.cit.*, p.233.

<sup>35</sup> BARATTA, Alessandro. *Resocialización o control social ...*, p.253.

de la pena carcelaria, así como llevar al mismo tiempo al máximo desarrollo las posibilidades ya existentes de régimen carcelario abierto y de realización de los derechos del detenido a la Instrucción, al trabajo y a la asistencia, a la vez que desarrollar más estas posibilidades en el plano legislativo y administrativo”<sup>36</sup>.

Ou seja, o cárcere possui fins e meios antagônicos, uma vez que não é possível reintegrar alguém, segregando da sociedade. Mesmo porque a sociedade deve reconhecer que os problemas que estão na prisão, são também seus problemas e conflitos, uma vez que a maior parte dos detentos já pertencia a grupos sociais marginalizados, através dos mecanismos do mercado de trabalho.<sup>37</sup>

b) conceito jurídico de reintegração social: nas prisões os detentos são objetos da ação do Estado, através das formas de ressocialização. O que deve ser mudado para uma reintegração com direitos, as possíveis atividades que podem ser exercidas.

BARATTA elabora uma alternativa à atual ressocialização nas penitenciárias, no qual consiste em dez pontos, dos quais cita: 1) simetría funcional de los programas dirigidos a detenidos y exdetenidos y de los programas dirigidos al ambiente y a ala estructura social; 2) presunción de normalidad del detenido; 3) exclusividad del criterio objetivo de la conducta en la determinación del nivel disciplinario y la concesión del beneficio de la disminución de pena y de semilibertad. Irrelevancia de la supuesta “verificación” del grado de resocialización o de “peligrosidad”; 4) criterios de reagrupación y diferenciación de los programas, independientemente de las clasificaciones tradicionales y de diagnosis “criminológicas” de extracción positivista; 5) extensión simultánea de los programas a toda la población carcelaria. Independencia de la distinción entre condenados y detenidos en espera e juicio; 6) extensión diacrónica de los programas. Continuidad de las fases carcelaria y postcarcelaria; 7) relaciones simétricas de los roles; 8) reciprocidad y rotación de los roles; 9) de la anamnesia criminal a la anamnesia social. La cárcel como oportunidad general de conocimiento y toma de conciencia de la condición humana y de las contradicciones de la sociedad; 10) valor absoluto y

---

<sup>36</sup> Ibidem, p.254.

<sup>37</sup> Ibidem, p.254/255.

relativo de los roles profesionales. Valorización de los roles técnicos y “destecnificación” de cuestión carcelaria.<sup>38</sup>

Além disso, frisa que a construção de prisões de segurança máxima, como uma das medidas adotadas pelo Estado contra o terrorismo, demonstra que a pena sempre exerceu e continua exercendo a sua função de neutralizar os indivíduos, e separá-los da sociedade.<sup>39</sup>

Outra medida alternativa de ressocialização é colocada por ZAFFARONI. Afirma que a reintegração também pode ser obtida com a privação de algo valioso para o acusado, como nos casos de multas, prestação de serviço à comunidade, dentre outras, causariam uma contramotivação para delitos para quem comete furta lojas, ou o estudante que furta gasolina para passear com a namorada.<sup>40</sup>

Em outros casos, em que há uma predisposição à criminalização, o sistema penal deve utilizar meios para a retomada de consciência do acusado, como criação de hábitos de trabalho e de instrução. O readaptar na sociedade não deve ser forçado, mas de forma que respeite a dignidade da pessoa humana. Para isso, explica que na situação da

Criança desadaptada na escola, a que abandona os estudos, a que é forçada ao trabalho nas ruas, à desocupação, ao abandono ou à internação em instituições para menores, a que é tomada como 'bode expiatório' dos conflitos familiares, a que sofre carências alimentares nos primeiros meses de vida, são todas 'pré-candidatas' à criminalização. Particularmente quando pertencem aos setores mais pobres.

Nestes casos gera-se um condicionamento que o sistema penal pode reforçar-se se cai na ficção, ou diminuir, se tende a captar a realidade do conflito. A função da prevenção especial penal, nestes casos, deve ser a de diminuir a vulnerabilidade do criminalizado frente ao próprio sistema penal. A 'tomada de consciência' do papel que assume o criminalizado por parte dele mesmo, para que perceba que o condicionamento o leva a 'mostrar a cara' ao controle social institucionalizado e a ser tomado como exemplo do que 'não se deve fazer', para contenção do setor social do qual é selecionado, significará, em tais hipóteses, o alcance do objetivo da pena e o fim último da prevenção especial penal<sup>41</sup>.

Corroborando essa predisposição de criminalizados, de forma clara explica que “a clientela do sistema penal é constituída de pobres, não porque tenham uma

<sup>38</sup> BARATTA, Alessandro. Resocialización o control social..., p.257-265.

<sup>39</sup> Ibidem, p.252.

<sup>40</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro...**, p.109.

<sup>41</sup> Ibidem, p.110.

maior tendência para delinquir, mas precisamente porque têm maiores chances de serem criminalizados e etiquetados como delinquentes"<sup>42</sup>.

E quando são condenados, há uma evidente diferenciação na aplicação da pena, pois aqueles que pertencem as classes mais altas da sociedade incidem benefícios como suspensão condicional da pena e substitutos penais, enquanto que para as classes mais baixas somente funcionariam a pena detentiva. Assim, a seletividade não ocorre apenas na criminalização das condutas, mas também na execução da pena. BARATTA destaca que

O uso de sanções pecuniárias e sanções detentivas, nos casos em que são previstas, os critérios de escolha funcionam nitidamente em desfavor de marginalizados e do subproletariado, no sentido de que prevalece a tendência a considerar a pena detentiva como mais adequada, no seu caso, porque é menos comprometedora para o seu *status* social já baixo, e porque entra na *imagem normal* do que frequentemente acontece a indivíduos pertencentes a tais grupos sociais, enquanto, ao contrário, para reportar as palavras de um juiz pertencente a um grupo sobre o qual foi dirigida uma pesquisa, "um acadêmico na prisão ... é, para nós, uma realidade inimaginável". Assim, as sanções que mais incidem sobre o *status* social são usadas, com preferência, contra aqueles cujos *status* social é mais baixo.<sup>43</sup>

Com base nisso, a pena privativa de liberdade passa a cumprir somente uma função: segregar o indivíduo da sociedade para evitar a prática de novos crimes.<sup>44</sup> Em razão disso, há a construção sistemática de novas instituições carcerárias, "como fábricas das pessoas habituadas à sua condição de excluídas, (...) refugio social produzidos pelo ideal neoliberal".<sup>45</sup>

É importante ter em foco que a construção de mais penitenciárias, e mais tipos penas criminalizando condutas não reduz a criminalidade, tampouco traz segurança a sociedade, pois

a prisão introduz o condenado em duplo processo de transformação pessoal, de desculturação pelo desaprendizado dos valores e normas de convivência social, e de aculturação pelo aprendizado de valores e normas de sobrevivência na prisão, a violência e a corrupção – ou seja, a prisão só ensina a viver na prisão. Em poucas palavras, a prisão prisionaliza o preso que, depois de aprender a viver na prisão, retoma para as mesmas condições sociais adversas que determinaram a criminalização anterior.<sup>46</sup>

<sup>42</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 270.

<sup>43</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia** ..., p.178.

<sup>44</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**..., p. 479/480.

<sup>45</sup> GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. *Op. cit.*, p.170.

<sup>46</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**..., p. 480.

Diante da ineficiência dos mecanismos adotadas pela política criminal, principalmente no que se refere a ressocialização e as penas restritivas de liberdade, elaborou-se a teoria dos substitutos penais, que visam reduzir os efeitos negativos do processo e da execução penal. Há duas vertentes: teoria tradicional ligadas às funções declaradas da pena e a teoria críticas vinculadas às funções reais da pena.<sup>47</sup>

A teoria tradicional possui duas explicações: as humanitárias, decorrem do coração humano, sentimento de piedade, em face das conseqüências para o preso e para sua família; as científicas, provenientes de pesquisas empíricas indicando os efeitos maléficos da pena, como privação de direitos à intimidade, suspensão de direitos políticos de votar e ser votado, precariedade na assistência médica, social, etc.<sup>48</sup>

A teoria crítica desenvolvida pela teoria jurídica moderna e a criminologia, produz três argumentos principais para a aplicação de substitutos penais: superlotação carcerária, crise fiscal e ampliação do controle social.

Sobre as prisões já foi tratado acima, mas cabe frisar o excesso de presos nos estabelecimentos prisionais, em que o número de presos é exageradamente maiores que os números de vagas destinados às penas restritivas de liberdade. Todos os efeitos negativos à prisão, como aqueles citados acima pelo autor JUAZES CIRINO DOS SANTOS, são agravados por esta superlotação. Com isso, as rebeliões dos presos estariam, de certa forma, justificadas, pois é uma "forma desesperada e extrema de correção de distorções do processo de criminalização e de penalização seletiva de marginalizados do mercado de trabalho e da sociedade de consumidores (...)"<sup>49</sup>

Quanto a crise fiscal está fundamentada nos altos custos de manutenção do preso durante a execução pagos pelo Estado. Esses gastos, denominado de dotação orçamentária do sistema penitenciário, são compostos pelas despesas de consumo individual, como alimentação, e de serviços pessoais (assistência médica) acrescidos dos salários do pessoal técnico-administrativo, assistencial e de segurança interna dos estabelecimentos penais. O custo de cada preso será obtido

---

<sup>47</sup> CIRINO DOS SANTOS, JUAZES. **Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial**. Curitiba: ICPC Lumen Juris, 2005.p.149.

<sup>48</sup> Ibidem, p.150.

<sup>49</sup> Ibidem, p.152.

com a divisão da dotação orçamentária pelo número total de presos nas instituições carcerárias.<sup>50</sup>

Esse fundamento tem importância nas transformações dos mecanismos repressivos principalmente nos países com sistema econômico-financeiro globalizado, o qual apresenta duas tendências: a) o controle social não-institucionalizado é expandido, pois há um deslocado dos setores não-produtivos para setores produtivos (indústria e comércio); b) substituem-se as penas alternativas e política de descriminalização para políticas de tolerância zero<sup>51</sup>.

A última tese é a ampliação do controle social, que contradiz as explicações tradicionais, pois a necessidade de supervisão da conduta do indivíduo beneficiário do substituto penal expande os mecanismos de controle do Estado para áreas do setor não-produtivo, conforme explicado acima. Além disso, a redução do tempo em que o beneficiário passa no cárcere, significa espaço livre para que outros indivíduos venham a ocupar a prisão.<sup>52</sup> Essa passagem pelo sistema de forma mais rápida, aproxima-se de técnicas de produção em série, “maior número de pessoas, no mesmo tempo”.<sup>53</sup>

Apesar de todo o exposto, a população, em face de crimes amplamente divulgados pela mídia, ainda clama por penas mais duras, sempre justificando os seus pedidos na maior punição dos criminosos. Em contrapartida, os governantes se aproveitam do apoio popular para “aumentar sua popularidade, conferindo-lhes a imagem de austeridade, da seriedade, da severidade, de quem faz algo severo, palpável, concreto, visível e convincente, em prol da segurança individual dos governados”.<sup>54</sup> A partir dessa conduta, a aplicação da pena passou a ser “um ato político”.<sup>55</sup>

Juarez CIRINO DOS SANTOS explica que

A legitimação do poder político do Estado ocorre pela 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 poder político – por exemplo, o lastimável apoio de partidos populares a projetos de leis repressivas no Brasil é explicável

---

<sup>50</sup> Idem.

<sup>51</sup> Ibidem, p.153.

<sup>52</sup> Ibidem, p. 154.

<sup>53</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A Criminologia Radical* ..., p.81.

<sup>54</sup> GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. Op. cit., p.170.

<sup>55</sup> Idem.

exclusivamente por conversibilidade em votos, ou seja, por seus efeitos políticos de conservação/reprodução do poder.<sup>56</sup>

Corroborando a crítica acima sobre a legitimação do poder, Vera Regina Pereira de ANDRADE afirma a existência de uma ideologia dominante, além da estrutura social e do poder que sustentam o sistema penal, do qual retira as funções declaradas ou promessas que legitimam a existência do sistema penal. Com base nisso afirma que

O sistema penal, constituído pelos aparelhos policial, ministerial, judicial e prisional aparece como um sistema que protege bens jurídicos gerais e combate a criminalidade (o 'mal') em defesa da sociedade (o 'bem') através da prevenção geral (intimidação dos infratores potenciais) e especial (ressocialização dos condenados) e, portanto, como uma promessa de segurança pública. Aparece, simultaneamente, como um sistema operacionalizado nos limites da legalidade, da igualdade jurídica e dos demais princípios liberais garantidores e, portanto, como uma promessa de segurança jurídica para os criminalizados.<sup>57</sup>

A explicação acima se refere às funções declaradas ou promessas da pena, as quais não são cumpridas. Entretanto, atinge outros fins, visto que são negativos ao indivíduo e à sociedade, bem como reproduzem relações desiguais de propriedade e poder. Assim, a função real da pena, as quais são opostas as funções socialmente declaradas, busca “construir seletivamente a criminalidade e, neste processo reproduzir, material e ideologicamente, as desigualdades e assimetrias sociais (de classe, gênero, raça).”<sup>58</sup>

Realizando uma crítica a teoria da prevenção geral, a qual utiliza a pena como intimidação para evitar que os indivíduos da sociedade venham a praticar crimes, não é cumprida na realidade, como é demonstrado pelo aumento dos índices de criminalidade após a vigência da lei de crimes hediondos.<sup>59</sup> Cabe destacar que a prevenção geral, independente das suas vertentes, sempre utiliza o homem como instrumento, distanciando das idéias iluministas.<sup>60</sup>

Ressalta-se que a lei de crimes hediondos acima citada, não introduziu nova incriminação de condutas, mas apenas alteração dos limites da pena e a redução de

---

<sup>56</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal...**, p. 484.

<sup>57</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A Construção social dos conflitos agrários como criminalidade. In: SANTOS, Rogério Dutra dos Santos (org.). **Introdução crítica ao estudo do sistema penal**. Florianópolis: Diploma Legal, 1999. p. 30.

<sup>58</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A Construção social dos conflitos..., p. 31.

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 32.

<sup>60</sup> BOZZA, Fábio da Silva. Uma análise crítica sobre a prevenção geral positiva de Günther Jakobs. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, ano VII, n.26, p. 195-217, jul./set. 2007.p.215.

algumas garantias penais, processuais e de execução em relação aos autores dos crimes determinados na lei. Isso significa que o direito penal se afasta do tradicional direito do fato para se aproximar do direito penal do autor.<sup>61</sup> Assim há um tratamento diferenciado ao autor dos delitos na lei enumerados, o que demonstra “uma contaminação de exclusão, de tratamento desigual, de desrespeito aos direitos e garantias fundamentais, de colocar o cidadão que pratica determinados crimes fora do sistema jurídico normal, criando, de outro lado, um sistema paralelo para que pessoas que não se encontram dentro do esperado no contrato social”<sup>62</sup>.

Quanto a prevenção especial, que visa a ressocialização do indivíduo através de um tratamento realizado nas prisões, a fim de torná-lo apto para voltar à sociedade, também não é vislumbrada na realidade. Isto porque a pena não ressocializa, mas provoca efeitos contraditórios, visto que é “um fator criminógeno, estigmatizante e de reincidência”<sup>63</sup>. Assim, ao contrário da ressocialização “fábrica a criminalidade e condiciona a reincidência”<sup>64</sup>. Além disso, essa teoria visa legitimar o controle penal:

Embora, pois, reconheça antecedentes no interior do próprio saber clássico, com as teorias da prevenção geral negativa, a via da legitimação do poder pela utilidade encontra seu ponto culminante no discurso criminológico da prevenção especial positiva, quando o discurso utilitário da pena, vincula-se à idéia de um controle “científico” da criminalidade (o “mal”) em defesa da sociedade (o “bem”) e ao Direito Penal do autor. Representa, neste sentido, também a passagem para a legitimação de um controle penal intervencionista sobre a pessoa do delinqüente.<sup>65</sup>

Cabe destacar que a reincidência causa na sociedade e principalmente no judiciário uma forma de aumentar o clamor social para o aumento de pena, e muitas vezes justificar penas cruéis como a perpétua e a de morte. Nesse sentido

A prática policial exige que sejam impostas penas maiores àquelas pessoas que já cometeram outros delitos e foram condenadas anteriormente. Com frequência, a culpabilidade destas é menor, porque sua origem de classe e escassa escolaridade lhes reduziram o espaço social, e as criminalizações anteriores os estigmatizaram, diminuindo-o ainda mais. Para sustentar esta prática policial renuncia-se à culpabilidade pelo ato e

<sup>61</sup> CALLEGARI, André Luís. Estado e Política Criminal: A expansão do direito penal como forma simbólica de controle social. In: \_\_\_\_\_ (org.). **Política Criminal: estado e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p.3.

<sup>62</sup> CALLEGARI, André Luís. Op. cit., p.10.

<sup>63</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A Construção social dos conflitos..., p. 32.

<sup>64</sup> Idem.

<sup>65</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica...**, p. 180.

emprega-se uma culpabilidade de autor, aqui entendida como censura a toda a sua existência.<sup>66</sup>

“Nesta perspectiva, os sistema penal e especialmente a pena (legal e extralegal), apresenta-se como violência institucional que cumpre a função de um instrumento de reprodução da violência estrutural, ou, na metáfora de RESTA (1991) o sistema é como o ‘Parmakhon’ que é idêntico ao mal – a violência – que pretende curar na sociedade”.<sup>67</sup>

Respeitando o entendimento acima, ZAFFARONI analisa as teorias pena sob aspectos diversos da doutrina tradicional, propondo outra visão. Assim, afirma que a pena pode assumir um papel de prevenção geral, mas não como é posto pela doutrina, visto que o foco deve ser a segurança jurídica, pois então verificaria que a pena tem lugar com a sanção reparadora ou retributivas em sentido racional, igual a outras disciplinas do direito não-penais.<sup>68</sup>

“Afirmar que a pena ‘penal’ não pode assumir como fundamental objetivo a prevenção geral pareceria contradizer a afirmação de que toda a ordem jurídica cumpre uma função de formação de cidadãos”<sup>69</sup>.

Mas a segurança jurídica também requer a aplicação de uma pena com função de prevenção particular ou reparação extraordinária. “A prevenção especial deve ser um meio prático de resolver tais conflitos, pois toda rigidez apodítica tende a cair na ficção e a mascarar o conflito”<sup>70</sup>.

É essa segurança jurídica que coloca limites a pena, e não nos termos da teoria da prevenção especial que seria medida pela periculosidade, como a finalidade de evitar a prática futura de novos crimes. Neste ponto ZAFFARONI se diferencia da teoria da prevenção especial: a pena não deve ser um fim em si mesma, mas meio de garantir a segurança jurídica.

Além disso, a pena cumprirá também uma função simbólica. Destaca-se que o objetivo da pena não pode ser unicamente simbólico, pois estaria utilizando o

---

<sup>66</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. et. al. **Direito Penal brasileiro...**, p.120/121.

<sup>67</sup> *Ibidem*, p. 34.

<sup>68</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI. José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro...**, p.106.

<sup>69</sup> *Idem*.

<sup>70</sup> *Ibidem*, p.109.

homem como símbolo, violando o princípio fundamental que assenta os direitos humanos.<sup>71</sup>

Portanto, conclui-se que ZAFFARONI atribui a pena funções diferentes das já colocadas pela doutrina tradicional. Ocorre que até o presente momento, isso é apenas uma proposta, não colocada em prática. Na realidade, a pena passa a ser apenas uma resposta a sociedade, sem alterar a situação fática que nos encontramos, pois

A política criminal (de emergência) aparece como espetáculo. Por conseqüência, com essa política criminal espetacular, o programa da legislação criminal e o das políticas públicas (por exemplo: direito penal do inimigo e a política de segurança denominada "tolerância zero") não se destinam à modificação da realidade (com a proteção de bens jurídicos), mas sim à aparente modificação da realidade para o público (altera-se a visão do público sobre a realidade, e não a realidade em si). O direito penal tende a seguir a opinião pública (de)formada pelos meios de comunicação, e não a dar respostas reais às necessidades reais dos cidadãos<sup>72</sup>.

Diante de todos os argumentos postos para demonstrar, que os fins propostos pelas teorias para justificar a pena, não são de longe cumpridos na realidade. É claro, que se verifica a existência de fins não oficialmente declarados, como por exemplo, a pena como instrumento necessário para manutenção do sistema capitalista, um meio de seleção e de segregação, conforme destacado pelas teorias críticas da criminologia.

Portanto, com base no exposto, conclui-se que a prisão possui objetivos ideológicos ou aparente (repressão da criminalidade e o controle do crime) e objetivos reais ou ocultos (reprodução da criminalidade e reprodução das relações sociais). Sendo que os fins ideológicos nunca foram cumpridos, observando apenas a efetiva realização dos objetivos reais.

Em razão disso, verifica-se que as políticas criminais atuais deixaram de observar as normas constitucionais, principalmente quanto a dignidade da pessoa humana e ao princípio da legalidade. Por isso, se faz necessária a citação de Santiago Mir PUIG, que retrata bem essa situação:

El principiointervencionista, rector del estado social, podía conducir, y así sucedió en algunos países, a un Derecho penal, más preocupado, por la eficacia de sí mismo que por

---

<sup>71</sup> Ibidem, p.108.

<sup>72</sup> BOZZA, Fábio da Silva. Op.cit., p.212-213.

servir a todos los ciudadanos. La pena se convirtió a veces en un arma del Estado esgrimida contra la sociedad, trocándose la eficacia de la pena en terror penal.

(...)

Un Estado Democrático ha de evitar que se convierta en un fin en si mismo o al servicio de intereses no convenientes para la mayoría de los ciudadanos, o que desconozca los límites que debe respetar frente a toda minoría y todo individuo. El ejercicio del ius puniendi en un Estado democrático no puede arrumbar las garantías propias del estado de Derecho, esto es, las que giran en torno al principio de legalidad.<sup>73</sup>

Tendo em vista essa violação aos princípios bases do Estado Democrático de Direito na aplicação das penas, bem como inexistência de qualquer efeito concreto para a sociedade. Fábio da Silva BOZZA propõe como solução de conflito mais democrático, envolver a vítima na tentativa de solucionar o problema, deixando de ser mero expectador. O autor acredita que desta forma, a confiança dos membros da sociedade aumentaria, pois saberiam que as partes envolvidas no conflito, de forma democrática, resolveram o problema, com isso, teria um impacto maior do que a aplicação da pena imposta pelo Estado<sup>74</sup>.

Portanto, observa-se que as políticas criminais adotados pelo Estado, principalmente para a redução da criminalidade, estão em direção contrária à realidade. E mais, as medidas legislativas sequer observam as possibilidades indicadas pela ciência para a proteção dos interesses da sociedade. Na verdade, o que o legislador faz é enganar o cidadão de que algo efetivamente está sendo realizado para protegê-lo.<sup>75</sup>

O discurso dos legisladores e das políticas criminais, para erradicar a criminalidade através do aumento das punições, não passa de uma "alegoria jurídica", como afirmado por PASUKANIS, pois o real motivo é "a proteção das condições fundamentais da 'sociedade de produtores de mercadorias'".<sup>76</sup>

CALLEGARI denomina atitude desses legisladores de populismo punitivo, em que estão sempre prontos com um pacote de emergência, para solucionar a criminalidade. Geralmente as medidas tomadas são: aumento das penas e redução de garantias. O referido autor esclarece bem esse fenômeno corrente em nosso país:

<sup>73</sup> PUIG, Santiago Mir. Op.cit., p.44.

<sup>74</sup> BOZZA, Fábio da Silva. Op.cit., p.214.

<sup>75</sup> Ibidem, p. 213.

<sup>76</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A Criminologia Radical** ..., p. 60.

Assim, as características do populismo punitivo são guiadas por três assunções: que as penas mais altas podem reduzir o delito; que as penas ajudam a reforçar o consenso moral existente na sociedade; e que há ganhos eleitorais que são produto deste uso. Também populismo punitivo pode ser definido como aquela situação em que as considerações eleitorais primam sobre as considerações de efetividade. Acrescentando-se como marco deste populismo que as decisões de política criminal se adotam com desconhecimento da evidência e se baseiam-se em assunções simplistas de uma opinião pública não informada.<sup>77</sup>

Tenta demonstrar a sociedade que o único meio eficaz de reduzir a criminalidade é através da pena criminal, como se não existe outras formas de controle social. Além disso, o direito penal está em direção contrária aos outros ramos do direito, uma vez que estes estão em processo de adaptação constitucional, regulação administrativa, em contrapartida o direito penal, através das medidas legislativas acima citadas, está em plena expansão, pois

**Há cada vez mais tipos penais intangíveis e abstratos; também se incrimina variadas atividades e comportamentos em inumeráveis setores da vida social; supressão de limites mínimos e máximos na imposição das penas privativas de liberdade para aumentá-las indiscriminadamente; a relativização dos princípios da legalidade e tipicidade mediante a utilização de regras com conceitos deliberadamente vagos, indeterminados e ambíguos; a ampliação extraordinária da discricionariedade das autoridades policiais, permitindo-se, com isso, invadir esferas do Poder Judiciário; e finalmente a redução de determinadas garantias processuais por meio da substituição de procedimentos acusatórios por mecanismos inquisitivos, com a progressiva atenuação do princípio da presunção de inocência e a conseqüente inversão do ônus da prova, passando-se a considerar culpado quem não prova a sua inocência. (grifou-se)<sup>78</sup>**

Além dos elementos fáticos, a política criminal deve estar atenta a criminologia, a qual realiza análise sociológica dos processos de criminalização e com isso, sabe informar "cuáles son los instrumentos y mecanismos a través de los cuales el poder va definiendo y construyendo lo criminal. Y, consecuentemente en qué medida ellos a su vez son formas criminógenas y de criminalización".<sup>79</sup>

Diante do exposto, conclui-se que as teorias das penas não cumprem o discurso que as fundamentam, ao contrário realizam apenas os fins não oficiais, com sacrifício dos direitos e garantias individuais expressos pela Carta Magna, principalmente no que se refere ao princípio da dignidade da pessoa humana. O

<sup>77</sup> CALLEGARI, André Luís. Op. cit., p.17.

<sup>78</sup> Ibidem, p.03.

<sup>79</sup> RAMIREZ, Juan Bustos. Política Criminal y estado. Disponível em: <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2012/BUSTOS12.htm>. Acesso em: 21 de abril de 2008.p.01.

caos no sistema carcerário e da criminalidade demonstra que as políticas criminais adotadas pelo Estado são apenas retóricas, a fim de passar uma "segurança" aclamada pela sociedade.

Com base nos autores acima citados, demonstra que deve haver uma mudança de paradigma para as medidas adotadas pelo Estado, especialmente com a classe mais marginalizada, as quais devem estar pautadas na ciência, na realidade e nas medidas propostas por estudiosos.

## CONCLUSÃO

Durante o presente trabalho apresentaram-se, no primeiro capítulo, as teorias da penas, as quais fundamentam o direito de punir do Estado, e em seguida críticas a essas concepções, tendo como base a criminologia.

Inicialmente, cabe destacar que a punição sempre esteve ligada ao modelo de Estado adotado. Assim, nos Estados absolutistas a punição tinha cunho religioso, pois buscavam reafirmar o poder legítimo do governante, ou seja, com a violação da norma imposta por ele, o indivíduo tinha desrespeitado Deus, pois este concedia o poder de governar para aquele. A princípio, esse era o fundamento da teoria absoluta.

Com a alteração do Estado absolutista para o liberal, a justificativa continuou a ser a retribuição, mas com a finalidade de restaurar a ordem moral e a ordem jurídica, respectivamente, formulados por KANT e HEGEL.

A crítica realizada a essa teoria é típica de Estados totalitários, em que a pena é um fim em si mesmo, não levando em consideração o indivíduo, mas apenas o fato praticado para preservar o próprio ordenamento jurídico.

Outra teoria estudada foi a teoria relativa, a qual imputa duas funções a pena: primeiro, a pena busca recuperar o indivíduo que violou a norma, utilizando dos meios impostos pelo o Estado para que se torne uma pessoa ressocializada, denominado de teoria relativa da prevenção especial; e num segundo momento a pena tem a função de impedir que outros indivíduos da sociedade venham a cometer novos crimes, em virtude da pena aplicada, chamado de teoria relativa da prevenção geral. Assim, na primeira a teoria é voltada para o indivíduo, e na segunda para a sociedade.

A teoria da prevenção especial teve como principal percussor Franz VON LISZT, o qual fundamenta a sua teoria na ressocialização, método para corrigir, reduzir ou eliminar a periculosidade do condenado, tornando apto a viver em sociedade. Essa teoria possui duas concepções. No aspecto negativo, o indivíduo é segregado da sociedade, apenas para que não cometa novos crimes, isto é, o objetivo principal é a segurança da sociedade. No aspecto positivo, visa a ressocialização do condenado, o qual é bem definido por ZAFFARONI, como a

ideologias re: "ressocialização, reeducação, reinserção, repersonalização, reindividualização, reincorporação".

A crítica à primeira concepção, que busca apenas a neutralização do condenado, seria cumprida na realidade, pois a privação da liberdade impediria crimes além dos muros do cárcere. Entretanto, nenhum objetivo útil efetivo tem com esta prática, qual seja, a redução da criminalidade, algo sempre presente no clamor social.

No que se refere a vertente positiva, o qual foi tratada durante o trabalho inúmeras vezes, principalmente quanto a ausência total de limites para a intervenção do Estado quanto as medidas adotadas para essa correção do indivíduo, bem como o tempo necessário para alcançar a ressocialização almejada pelo Estado.

A teoria da prevenção geral tem como elemento principal a intimidação que a pena causaria aos membros da sociedade, o que impediria o cometimento de novos crimes. O principal percussor FEUERBACH, com a teoria psicológica. Também possui duas concepções: a negativa, defendida pelo autor acima citado, visa apenas a intimidação, não levando em consideração o indivíduo e o crime praticado; e a positiva, criada no século XX, como uma tentativa de fundamentar a pena, tendo em vista a ineficácia das outras já explicadas.

Essa por sua vez é dividida em duas correntes doutrinárias: a primeira, denominada de integração/prevenção, defendida por ROXIN, atribui uma natureza relativa a pena, pois essa é apenas uma forma de proteção dos bens jurídicos, sendo apenas uma forma subsidiária; a segunda, defendida por JAKOBS, tem natureza absoluta, visto que a pena criminal realiza todas as suas funções declaradas, quais seja, neutralização, correção e retribuição, como também manter a confiança da sociedade no ordenamento jurídico.

A crítica realizada a primeira vertente é que o indivíduo torna-se mero instrumento do Estado, ou seja, exemplo da punição para a sociedade, situação incompatível com o Estado Democrático de Direito em que um dos fundamentos é a dignidade da pessoa humana.

Inúmeras críticas são feitas a teoria da prevenção positiva, principalmente a defendida por JAKOBS, pois a pena seria um fim em si mesmo – proteção do ordenamento jurídico.

Por fim, a teoria eclética que á união das duas teorias anteriores (absoluta e utilitária), a fim de evitar as carências de cada concepção individual. A partir disso, a natureza da pena é de retribuição, mas a finalidade de prevenção geral e especial. Essa teoria é adotada pelo nosso ordenamento jurídico, o qual está expresso no artigo 59 do Código Penal e artigo 1º da Lei de Execuções Penais, bem como utilizada nos fundamentos dos acórdãos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça.

Também é fortemente criticada essa teoria, pois não é possível que teorias tão diferentes sejam unidas, bem como não desaparecem os seus defeitos.

No último capítulo, buscou realizar uma crítica a essas teorias, pois uma simples leitura das justificativas para aplicação da pena é suficiente para perceber que não são cumpridas na realidade, talvez nunca tenham sido.

Diante disso, demonstrou as críticas realizadas pela criminologia e a proposta de alguns estudiosos.

A criminologia elaborou duas teorias para explicar que a pena não realiza as funções que são declaradas, mas cumpre outras, as não oficiais. A primeira, denominada de teoria agnóstica, foi desenvolvida por ZAFFARONI e Nilo BATISTA, os quais negam o discurso oficial das funções declaradas da pena, e desconhece as funções reais da pena.

A segunda teoria, denominada de materialista/dialética da pena criminal, busca demonstrar a real natureza das penas criminais, afastando completamente as justificativas oficiais. Através de um longo estudo e propostas de vários autores como PASUKANIS, RUSCHE/KIRCHHMER, FOULCAULT, MELLOSI, PAVARINI e BARATTA, concluiu-se que a pena criminal é necessária para preservar o modo de produção capitalista, em que a pena é o meio de proteger aqueles indivíduos inclusos das relações de produção, criminalizando os que são fora. Além disso, serve como regulador, pois quando há mão-de-obra excedente a pena é utilizada como destruição, e na falta é um instrumento para preservação.

É nesse sentido que se criaram as instituições carcerárias, pois na época da revolução industrial, houve uma rápida expansão da massa trabalhadora e as indústrias não conseguiam absorver todo esse contingente, era necessário contê-las através das prisões.

Assim, observou-se que um dos fins não declarados da pena seria manter a desigualdade social, a fim de manter o sistema capitalista. Neste ponto, analisou as

prisões, as quais não cumprem a ressocialização, ao contrário, marca o indivíduo e a sociedade com vários efeitos negativos, como a desintegração social. A partir disso, BARATTA afirma que a ressocialização deve ser reinterpretada e reconstruída sobre outras bases, propondo uma alternativa a esse mecanismo, conforme explicado na página 17. ZAFFARONI também propõe medidas alternativas a ressocialização, como a retomada de consciência do acusado.

Verificou-se também que a criminologia elaborou análise da justificativa dos substitutos penais, dentre os quais se cita: a superlotação carcerária, crise fiscal e ampliação do controle social.

Além disso, teve o objetivo de demonstrar que as políticas criminais do Estado, se afastam cada vez mais dos princípios do Estado Democrático de Direito, para alcançar a prometida redução da criminalidade e segurança à sociedade. Na realidade, os legisladores e governantes utilizam-se do clamor social para propor projetos incoerentes para se tornarem conhecidos, provocando apenas uma ilusão na sociedade, de que algo está sendo feito.

Desta forma, conclui-se que as políticas criminais devem ter em mente os estudos propostos pela criminologia e da própria realidade, aplicando-se medidas alternativas às penas que nem de longe cumpre os seus fins propostos, uma vez que os fins da pena "trata-se de questão não somente jurídica, mas especialmente política, intrinsecamente ligados às características e funções do Estado".<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> SANTORO FILHO, Antonio Carlos. Op. cit., p.43.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A Construção social dos conflitos agrários como criminalidade. In: SANTOS, Rogério Dultra dos Santos (org.). **Introdução crítica ao estudo do sistema penal**. Florianópolis: Diploma Legal, 1999. p. 29-34.

\_\_\_\_\_. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

BARATTA, Alessandro. Resocialización o control social: por un concepto crítico de "reintegración social" del condenado. In: ARAUJO JUNIOR, João Marcello de. **Sistema penal para o terceiro milênio: atos de colóquio Marc Ancel**. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

\_\_\_\_\_. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: Introdução à sociologia do direito penal**. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. vol.1. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004.

BOZZA, Fábio da Silva. Uma análise crítica sobre a prevenção geral positiva de Günther Jakobs. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, ano VII, n.26, p. 195-217, jul./set. 2007.

BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao Direito Penal: análise do sistema penal à luz do principio da legalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CALLEGARI, André Luís. Estado e Política Criminal: A expansão do direito penal como forma simbólica de controle social. In: \_\_\_\_\_ (org.). **Política Criminal: estado e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p.1-22.

CERVINI, Raul. **Os processos de descriminalização**. São Paulo: RT, 1995.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal: parte geral**. 2. ed. rev. e ampl. Curitiba: ICPC Lumen Juris, 2007.

\_\_\_\_\_. **As raízes do crime: um estudo sobre as estruturas e as instituições da violência**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

\_\_\_\_\_. **A Criminologia Radical**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

\_\_\_\_\_. **Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial.** Curitiba: ICPC Lumen Juris, 2005.

\_\_\_\_\_. **Política Criminal: Realidades e ilusões do discurso penal.** Disponível em: <http://www.cirino.com.br> Acesso em: 21 de abril de 2008.

COSTA, Sidney Alves. Abolicionismo Penal. In: KUEHNE, Maurício (org). **Ciência penal: coletânea de estudos em homenagem a Alcidez Munhoz Netto.** Curitiba: JM, 1999. p. 341-350.

DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas.** São Paulo: RT, 1998.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir.** 26.ed., Petrópolis: Vozes, 2002.

GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. Políticas Públicas de Disciplina e Controle : do estado social ao estado penal. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, vol.10, n.1, p. 167-180, jan/jun 2005.

HEGEL, G. W.F. . **Princípios da filosofia do direito.** Trad. Noberto de Paula Lima. São Paulo: Ícone, 1997.

LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal alemão.** Vol. 1.Tradução José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, Conselho editorial, 2006.

MORALES, Alejandro J. Rodríguez. Acerca de las teorías de la pena. In: \_\_\_\_\_(colab). **Direito penal e criminologia: XIII Congresso Latino-Americano.** [S.I.]: Juruá, [2000?].

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral.** Vol. 1. 5. ed. rev. São Paulo: RT, 2005.

PUIG, Santiago Mir. **Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho.** 2.ed. Barcelona: Casa editorial, 1982.

QUEIROZ, Paulo. Justificação do direito de punir na obra de Luigi Ferrajoli: algumas observações críticas. In: \_\_\_\_\_(org). **Introdução crítica ao estudo do sistema penal.** Florianópolis: Diploma Legal, 1999. p. 117-127.

RAMIREZ, Juan Bustos. **Política Criminal y estado.** Disponível em: <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2012/BUSTOS12.htm>. Acesso em: 21 de abril de 2008.

SANTORO FILHO, Antonio Carlos. **Bases jurídicas do direito criminal.** São Paulo: Direito, 2000.

TASSE, Adel el. **Teoria da Pena.** Curitiba: Juruá, 2003.

VERONESE, Josiane Rose Petry; CAIRE, Eliane. A ação repressiva do estado: a construção histórica da violência. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, ano V, n.9, p. 11-19, set.1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. et. al. **Direito Penal brasileiro**. 1.vol. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

\_\_\_\_\_. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

\_\_\_\_\_; PIERANGELI. José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: Parte Geral. 4.ed. rev. São Paulo: RT, 2002.