

HELEN HARTMANN

**FINALIDADES DA PENA CRIMINAL:
UMA ANÁLISE CRÍTICA**

**CURITIBA
2008**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - ESPECIALIZAÇÃO
INSTITUTO DE CRIMINOLOGIA E POLÍTICA CRIMINAL**

**FINALIDADES DA PENA CRIMINAL:
UMA ANÁLISE CRÍTICA**

Monografia apresentada pela pós-graduanda Helen Hartmann ao Instituto de Criminologia e Política Criminal como requisito parcial para a aprovação no curso de Pós-Graduação - Especialização *lato sensu* - em Direito Penal e Criminologia.

Orientador: Professor Doutor
Juarez Cirino dos Santos.

**CURITIBA
2008**

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	2
PARTE 1. DIREITO PENAL, POLÍTICA CRIMINAL E CRIMINOLOGIA.....	8
Capítulo 1. Direito Penal e Política Criminal.....	8
Capítulo 2. Criminologia Etiológica e Criminologia Crítica.....	11
Capítulo 3. Direito Penal e Ideologia.....	15
PARTE 2. O DISCURSO JURÍDICO SOBRE OS FINS DA PENA.....	17
Capítulo 1. As teorias retributivas da pena.....	17
Capítulo 2. As teorias preventivas da pena.....	20
Seção 1. A prevenção especial.....	22
Seção 2. A prevenção geral.....	23
Capítulo 3. As teorias unificadas da pena.....	27
PARTE 3. O DISCURSO CRIMINOLÓGICO SOBRE OS FINS DA PENA.....	31
Capítulo 1. A crítica negativa / agnóstica da pena criminal.....	31
Capítulo 2. A crítica materialista / dialética da pena criminal.....	33
Seção 1. A pena como “retribuição equivalente” do crime.....	34
Seção 2. A prevenção especial como garantia das relações sociais.....	38
Seção 3. A prevenção geral como afirmação da ideologia dominante.....	42
Seção 4. As teorias unificadas como integração das funções declaradas da pena criminal.....	50
CONCLUSÃO.....	52

INTRODUÇÃO

A temática deste trabalho se alterou algumas vezes e, ao final, concentra-se em insistir, com ênfase e paixão, em um objeto de estudo que, para alguns, poderia parecer repetitivo ou superado. Trata-se de uma abordagem sobre as funções da pena criminal, tomando-se como marco teórico a criminologia crítica e, mais especificamente, a criminologia crítica de cunho materialista / dialético.

O que se pretende, como objetivo do trabalho, é desconstruir o discurso jurídico sobre os fins da pena e, pois, escancarar a atuação seletiva do sistema de justiça criminal, que se faz mantenedora da ordem social vigente. Ao se tentar colocar em evidência as reais funções da pena criminal *não se tem a pretensão de esgotar o tema*. Deseja-se sim abordar alguns de seus traços fundamentais, os quais, além de serem importantes para que se aprofunde o tema em outras oportunidades, permitem que se apreciem outras temáticas, não apenas de ordem jurídico-penal, como também político-social.

Embora para alguns o tema possa parecer carente de justificativa, ao menos em meios acadêmicos onde há quem presuma estarem desde sempre claras as funções da pena criminal, é de se registrar que o trabalho tem sim pertinência, até e principalmente, entre os estudiosos do Direito. Quem costuma presumir estarem evidentes os fins da pena criminal não raro tem em mente as funções declaradas como se reais fossem. As funções declaradas da pena criminal ainda estão extremamente arraigadas à mentalidade acadêmica (ora de forma consciente, ora inconscientemente). É preciso insistir no valor da compreensão das reais funções da pena criminal, a começar pela Academia, indo-se até o cidadão comum.

Todo cidadão precisa conhecer as reais causas e conseqüências de políticas criminais que se resumem a políticas penais. Trata-se de condição indispensável ao exercício livre e consciente da escolha de seus representantes, os quais exercem o poder político que o direito penal legítima. (Assim se percebe, de forma bastante explícita, a importância do tema, que se refere, por exemplo, ao modo como oficialmente se escolhe

abordar questões que se agigantaram na atualidade, como a do terrorismo e a do uso e tráfico de drogas).

É imprescindível, pois, que todo e qualquer cidadão, em especial o operador do direito, seja qual for sua especialidade jurídica, tenha algum conhecimento fundamentado de criminologia. Existe relação entre determinadas vertentes criminológicas e certos modelos de direito penal, cuja dogmática, relativa à teoria da pena, realiza uma determinada política criminal.

Ora tal política criminal não se confunde com mera política penal, remetendo-se sim às políticas sociais de base (como educação de qualidade, emprego, moradia, saneamento básico, atendimento médico-hospitalar, lazer, esporte, cultura, arte, etc.) que, por sua vez, são determinantes à vida cotidiana de todos os cidadãos e tendem a refletir modelos mínimos de direito penal e paradigmas crítico-criminológicos.

Ora, por outro lado, há vertentes criminológicas que são transpostas em modelos penais máximos, simbólicos e autoritários – garantidores da desigualdade social e de medidas opressivo-repressivas – correlatos a políticas criminais que desejam “resolver a criminalidade” com mais e mais leis penais e estabelecimentos prisionais.

Os diversos ramos do direito, em especial o direito penal, podem servir de instrumentos tanto para a libertação e diminuição das desigualdades sociais quanto para a opressão e intensificação das desigualdades. A posição pessoal adotada pelos cidadãos em relação ao direito que desejam e legitimam será importante no momento de avaliar propostas políticas e dogmáticas relativas, por exemplo, à pena criminal. Trata-se de uma opção que precisa ser feita com consciência crítica e responsabilidade, a partir, no caso deste trabalho, da constatação e do estudo do fosso que separa as funções declaradas das funções reais da pena criminal. Para tanto, começa-se investigando as funções declaradas da pena.

Os discursos jurídicos sobre as finalidades da pena criminal, articulados de acordo com a manutenção do modelo de poder político que se tem em um determinado local e espaço de tempo, colocam a pena criminal (i) como retribuição ao autor do crime, (ii) como modo de evitar novos crimes através da ressocialização do autor do crime; (iii) como modo de evitar

novos crimes através da neutralização do autor do crime; (iv) como modo de evitar que outros crimes sejam cometidos por criminosos em potencial, intimidados pela pena criminal em abstrato atribuída à conduta tipificada; (v) como modo de evitar que novos crimes sejam cometidos pelos cidadãos em geral ao reforçar a confiança da sociedade na ordem jurídica ou na norma jurídica através do cumprimento da pena criminal, que voltaria a afirmar a ordem jurídica negada pelo crime cometido; (vi) como modo de colocar em prática simultaneamente todas as finalidades recém-enumeradas.

Embora se tenha como certo – no senso-comum da sociedade em geral e da comunidade jurídica, em especial – que a pena de prisão não ressocializa indivíduos condenados criminalmente (item ii, *supra*), a pena privativa de liberdade continua extremamente em voga. Seria por conta do real cumprimento das outras finalidades declaradas da pena criminal? A resposta da criminologia crítica, como se verá, é negativa. Vejamos, porém, o que se corriqueira e popularmente entende como correto e louvável em relação às funções da pena.

A noção de pena criminal como um mal que se retribui a alguém que causou um mal anterior é antiga e persiste arraigada também aos dias de hoje, ao se dizer promotora de justiça (ou de vingança, como assumem alguns). Trata-se de uma função declarada (item i, *supra*) que se vê em regra adotada pelo senso-comum.

Outra finalidade declarada da pena criminal que permanece vívida nos dias atuais é a da neutralização dos indivíduos encarcerados, na medida em que, na prisão, estariam incapacitados de cometer crimes contra a sociedade (item iii, *supra*). Embora de fato não possam fazê-lo fora da prisão, podem praticá-los dentro dela e com os requintes que a vida na prisão ensina, requintes esses que acompanham o indivíduo quando não mais estiver na prisão, o que não parece ser novidade para a opinião pública, embora esta em regra acate tal função declarada.

Sobre o desestímulo que se espera da pena criminal prevista em abstrato, esta função declarada, por um lado, parece convencer a sociedade, que em regra estimula (inclusive e especialmente apoiando e elegendo políticos que o proponham) a promulgação de leis de natureza penal,

mais rigorosas e menos humanitárias, como pretensa solução para os mais diversos conflitos sociais (item iv, *supra*).

No que se refere à pena como reafirmação da ordem jurídica (item v, *supra*), trata-se de função declarada que vem se ganhando força e operando graves estragos nos direitos e garantias individuais dos cidadãos. Tal função parece convencer a opinião popular, embora não se difunda, como é de praxe – vejam-se os outros casos das funções declaradas da pena –, sua real finalidade, que será neste trabalho evidenciada.

Em relação às funções unificadas da pena criminal, que reúnem todas as acima expostas, embora se trate da posição do Código Penal brasileiro, pode-se tecer as observações acima individualmente feitas ao se analisar o pensamento prevalente no senso-comum da sociedade, o que se vem fazendo.

Portanto, por detrás de cada uma dessas funções declaradas da pena criminal há finalidades outras, que serão explicitadas ao longo do trabalho através de considerações críticas, conhecidas de alguns meios acadêmicos sérios e comprometidos, mas não tanto pela generalidade deles e, tampouco, por parte da população em geral.

Vale aqui recordar o papel da graduação e da pós-graduação superior (em sentido amplo e estrito), sejam elas públicas ou privadas, no sentido de compartilhar com a sociedade em geral, com os cidadãos comuns, as pesquisas científicas. O tripé ensino, pesquisa e extensão faz-se especialmente relevante em países como o Brasil, onde as diferenças sociais são tão profundas.

Se o objeto de estudo deste trabalho se alterou algumas vezes, isso se deve à coligação de dois fatores principais. Primeiro, o padrão de qualidade deste Curso de Pós-Graduação, constituído pela personalidade ímpar que o Presidente-Coordenador, Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos, indubitavelmente, confere ao programa. A carreira acadêmica desse grande mestre é registro vivo de autêntica produção intelectual de qualidade e socialmente comprometida, verdadeiro marco crítico para a pesquisa nacional, especialmente no que se refere ao tema em questão.

O segundo fator que influenciou a alteração do objeto do presente estudo se refere a uma experiência de docência, em que foi possível constatar a sede de abordagens críticas no estudo do direito. Mesmo em bons cursos se constata a repetição praticamente automatizada de discursos ideológicos que, em parte, circulam desde o senso-comum ordinário até o senso-comum especializado (jurídico). Em que pese o fracasso (evidente, em alguns casos) das funções declaradas da pena criminal, elas são trazidas recorrentemente às discussões, em aulas expositivas dialogadas, para justificar determinadas posturas relativas ao objeto de estudo em questão (à época das primeiras idéias de tema para este estudo no curso de especialização, o objeto de trabalho no magistério superior eram princípios e institutos processuais penais).

O modelo de ensino do Instituto de Criminologia e Política Criminal, combinado a essa experiência em docência, demonstra que *a ausência de uma sólida formação em noções de criminologia prejudica qualquer tema mais específico que se queira trabalhar (não apenas em direito penal e processual penal, como os que foram cogitados para este trabalho, mas sócio-jurídicos em geral)*. Por esse motivo decidiu-se trabalhar o presente tema e não outros, anteriormente cotados.

Para explicitar as funções declaradas da pena criminal, inicia-se o trabalho pela abordagem das relações principais que se podem travar entre vertentes criminológicas, modelos de direito penal e políticas criminais. Nessa *primeira parte do trabalho* se faz também uma abordagem comparativa entre a criminologia etiológica e a criminologia crítica, sem deixar de demarcar as contribuições advindas do *labeling approach* (paradigma da reação social). *Trata-se da parte chave do trabalho*, pois aqui se esclarecem alguns devastadores efeitos da prisionalização dos cidadãos, tais quais a desculturação, a aculturação e a assunção do rótulo de criminoso que se afixam nesses indivíduos. Esclarecem-se também alguns mecanismos pelos quais se faz a criminalização de condutas e pessoas especialmente selecionadas em virtude do real objetivo do sistema de justiça criminal, qual seja, a manutenção do *status quo*. Aborda-se, ainda, o tratamento simbólico

que se tem conferido à dogmática penal, seus institutos e políticas decorrentes, tratamento esse que se diz isonômico mas que é profundamente cruel e desigual.

Em seguida, na *segunda parte* do trabalho, são expostas as funções declaradas da pena criminal, para que, na parte crítico-criminológica do trabalho (a *terceira parte*) sejam revistas e desconstruídas. Em mente as diferenças gritantes existentes entre as funções declaradas e as funções reais da pena criminal, faz-se pertinente e importante investigar como se sustenta e o que há por detrás de tal esquizofrenia.

Perante esse quadro, é imprescindível insistir no estudo crítico da pena criminal. É imprescindível tratar de forma séria e crítica as funções reais da pena. Essa desmitificação, ou seja, o estudo comprometido de suas reais funções – que se pretende desenvolver e retomar na conclusão do trabalho – pode ser vislumbrado como o ponto de partida para um direito penal menos hipócrita e para uma sociedade menos desigual.

PARTE 1 – DIREITO PENAL, POLÍTICA CRIMINAL E CRIMINOLOGIA

Antes de trabalhar os dois discursos antagônicos, relativos às finalidades da pena criminal (o jurídico e o crítico-criminológico), há que se tratar, ainda que brevemente, das relações que se podem travar entre direito penal, política criminal e criminologia, recortando-se a abordagem desde um olhar voltado à pena criminal. Assim se inicia a abordagem da temática de estudo no capítulo seguinte.

Capítulo 1 – Direito Penal e Política Criminal

É preciso ter bem claras as opções de política criminal que hoje se fazem presentes e cuja diferenciação se pode fazer desde as finalidades que atribuem à pena criminal. Quer-se demonstrar tais opções para que seja possível proporcionar aos operadores do direito escolhas assumidas, críticas e responsáveis.¹ (De antemão se explicita que este trabalho postula a defesa da opção de política criminal de matriz democrática e pautada pelos princípios de ordem constitucional, no sentido, pois, da despenalização e de mudanças humanistas no cárcere, na esteira do *menos melhor cárcere e mais menos cárcere*, enquanto vige o modo de produção capitalista² ou, noutras palavras, em defesa de uma política criminal de máxima concentração e, no limite, de superação do sistema penal³).

Para tanto, começa-se por diferenciar política criminal de direito penal. É comum se conceituar *direito penal como o sistema de normas que define crimes, comina penas e estabelece os princípios de sua aplicação*.⁴ Entende-se por política criminal o programa adotado pelo Estado para enfrentar a questão criminal. Observe-se que o verbo empregado é *enfrentar*, não se trata, portanto, de reduzir, combater ou controlar a questão criminal mas de enfrentá-la, como ensina o Professor Juarez CIRINO DOS SANTOS⁵.

¹ CARVALHO, Salo. *Penas e garantias*, p. 100/6.

² CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*, p.702.

³ BARATA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*, p. 197/208.

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

⁵ Anotações desta acadêmica da aula proferida pelo Professor Doutora Juarez Cirino dos Santos, Curitiba, ICPC, 18 de agosto de 2007.

Insere-se no âmbito da política criminal todo o instrumental que se coloca à disposição do Estado para enfrentar a questão criminal, ou seja, as leis penais, as leis processuais penais, as leis de execução penal e os órgãos que lhes aplicam, com destaque para a aplicação das penas que prevêm. É por conta delas, das penas, que se estudam e elaboram sofisticadas teorias jurídicas do crime. São também as penas que costumam remeter às teorias criminológicas do crime. Vai-se, pois, dentre outros caminhos, pelo estudo da política criminal, à criminologia.

Quando a política criminal se programa para enfrentar o crime através da aplicação de penas criminais, a política criminal se transforma em mera política punitiva – aumentam-se os tempos das penas privativas de liberdade, criam-se novos tipos penais, intensifica-se o rigor da execução penal – e o direito penal se faz máximo.⁶ Tudo com o objetivo declarado (retórico, ideológico) de combater a criminalidade (raramente se fala em enfrentar a questão criminal, pois não é este o discurso apropriado ao objetivo não declarado, real ou latente da política criminal, que se resume em pena criminal).⁷

Em oposição a este modelo de política criminal colocam-se políticas públicas capazes de alterar ou reduzir as condições sociais adversas, condições essas que se fazem estruturalmente determinantes ao crime e à criminalidade (marginalização do mercado de trabalho, dos direitos de cidadania e de condições de vida digna em geral, como saneamento básico, moradia apropriada, educação, etc) e vige um modelo de direito penal mínimo.⁸ No Brasil (e de modo geral nos países periféricos) o que deveria ser a política criminal do Estado existe como simples política penal instituída pelo Código Penal e por leis complementares.

Como visto, o direito penal representa – segundo conceito recorrente – o sistema de normas que define crimes, comina penas e estabelece os princípios de sua aplicação. Assim, a política criminal realizada pelo direito penal é legitimada pela *Teoria da Pena*. É, ainda, estruturada pelos

⁶ CARVALHO, Salo. Penas e garantias, p. 84/6.

⁷ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal, p. 453/5. Ainda: BARATA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal, p. 159/166.

⁸ CARVALHO, Salo. Penas e garantias, p. 84/5.

discursos que remetem às funções atribuída à pena criminal pela ideologia penal oficial, que constituem suas funções declaradas ou manifestas, ostentadas pelo discurso oficial da *Teoria Jurídica da Pena*.⁹ Tal dimensão – ilusória – oculta ou encobre a dimensão real da pena criminal – suas funções reais ou latentes, estudadas pela *Teoria Criminológica da Pena* – cuja função é de reproduzir a realidade.¹⁰

A realidade que se reproduz é de marginalização, estigmatização e miséria. Essa política criminal restrita às penas faz um controle penal da miséria, pela qual se espera que a pena criminal resolva a criminalidade, que é tida como fato, dado, realidade intransponível (conforme o raciocínio das *Teorias Criminológicas Etiológicas*, exposto na seqüência deste trabalho: *infra*, capítulo 2 da primeira parte) e não como um mecanismo de criminalização, que se imputa à certas pessoas, que se lhes etiquetam para conservar a estrutura social (como esclarecem as *Teorias Criminológicas Críticas*, também expostas na seqüência: *infra*, capítulo 2 da primeira parte).

A diferença entre o discurso jurídico (de funções declaradas da pena) e a realidade das penas criminais (suas funções reais) marca a esquizofrenia do discurso, que é preciso conhecer desde uma abordagem crítica para que se faça possível avaliar as propostas da atualidade (propostas referentes não apenas às finalidades da pena e ao papel do direito penal mas, também, aos valores sociais que os sustentam e se realizam, na medida da leitura que se faz do discurso político-criminal).

Ao se colocar a pena criminal como protagonista do sistema de política criminal, resta ao Estado atribuir abertamente certas funções à pena, resta-lhe cientificizar seu discurso através do que se denomina de *Teorias da Pena*, ou seja, *um conjunto de argumentos cuja finalidade é a de legitimar a intervenção estatal no âmbito da liberdade dos cidadãos que praticam condutas qualificadas pelo Estado como criminosas*.¹¹ (É dessas

⁹ CARVALHO, Salo. *Penas e garantias*, p. 142/152.

¹⁰ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*, p. 453/5. Ainda: BARATA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*, p. 159/166.

¹¹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*, p. 454/5. Ainda: BARATA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*, p. 166/7.

funções declaradas da pena criminal que se vai tratar na próxima *parte* do trabalho).

Capítulo 2 – Criminologia Etiológica e Criminologia

Crítica

Por detrás de quaisquer programas de política criminal contemporâneos encontram-se marcos teóricos que em seu âmago traduzem, consciente ou inconscientemente, ou a matriz da Criminologia Etiológica ou os fundamentos políticos da Criminologia Crítica. Tanto uma quanto a outra terão seus postulados cientificizados pela dogmática jurídica – especificamente neste estudo, através das Teorias da Pena –, sendo que, não raro, os reais postulados vão maquiados por discursos ideológicos.¹²

Denomina-se *criminologia etiológica* a ciência oficial que se propõe a explicar o crime e o comportamento criminoso. Os programas de política criminal adotados pela Criminologia Etiológica são compostos por indicações técnico-científicas para alterações da legislação penal com o objetivo de corrigir os desvios que se denunciam pelo comportamento disfuncional do criminoso. Este e a criminalidade – propostos como realidades ontológicas dadas, preexistentes à realidade do sistema de justiça criminal – compõem seu objeto de estudo, que vai trabalhado através de uma metodologia positivista, cujas causas se concentram em elementos biológicos, psicológicos e ambientais.¹³

O paradigma etiológico compreende não apenas a criminologia positivista desenvolvidas na Europa entre o final do século XIX e o início do século XX¹⁴ por, entre outros, Gabriel Tarde, Franz von Liszt,

¹² CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal, p. 695/6. Ainda: BARATA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal, p. 41/48.

¹³ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal, p. 695/8. Ainda: BARATA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal, p. 30.

¹⁴ Com BARATTA, vale registrar o modelo criminológico temporalmente antecedente a este. Trata-se da escola liberal clássica, que desde o século XVIII até princípios do século XIX desenvolveu teorias sobre o crime, o direito penal e a pena na Europa. Suas teorias, no âmbito da filosofia política liberal clássica, tinham por principais representantes Bentham, Beccaria, Feuerbach e autores da escola clássica de direito penal italiana. Difere do modelo posterior, primeiramente, por não considerar o delinquente alguém diferente dos outros indivíduos.

Lombroso, Ferri e Garofalo, cujo objeto era o indivíduo delinqüente. Suas teorias psicológicas e biológicas negavam o livre-arbítrio e se propunham a corrigir o criminoso. Tal paradigma é composto também pela corrente criminológica a ela posterior, desenvolvida a partir dos anos trinta, mas já antecipada por Durkheim. Esta última corrente se contrapõe à escola anterior por conceber explicações sócio-ambientais (não bio-psicológicas) para o crime, mas dela se aproxima por se tratar de um modelo de matriz positivista da criminologia, entendida como o estudo das causas ou dos fatores da criminalidade, com o propósito de individualizar as medidas adequadas para os remover, intervindo sobretudo no sujeito criminoso (correcionalismo).¹⁵

No extremo oposto ao paradigma etiológico coloca-se a *criminologia crítica*, que pode ser conceituada como a *ciência dialética alternativa de explicação do crime e do comportamento criminoso*. Os programas de política criminal por ela definidos defendem a implementação

Detinha-se principalmente sobre o delito, entendido como violação do direito. Segundo entendiam, o delito surgia da vontade, do livre-arbítrio do indivíduo, não de causas patológicas. O direito penal e pena criminal seriam instrumentos legais para defender a sociedade do crime, ou seja, mecanismos dissuasivos do crime. Seu modo de pensar impõe limites e modalidades de exercício do poder punitivo que se pautam pela *necessidade* ou *utilidade* da pena e pelo princípio de legalidade e humanidade. As escolas liberais clássicas eram, pois, neste sentido limitador, críticas em relação ao antigo regime. (BARATA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*, p. 31/2). Com LOPES, É relevantíssimo aqui registrar a bandeira levantada por essa escola ao posicionar um direito penal renovado em relação ao Antigo Regime: o direito penal passaria a ter critérios isonômicos e racionais, conferiria segurança jurídica, haveria um reordenamento das instituições jurídico-políticas, com vistas à submissão dos governantes à soberania popular, através da obediência (de todos e, principalmente, deles, os governantes) à lei, da divisão constitucional do exercício do poder, das prerrogativas dos magistrados; dos princípios da anterioridade penal e do devido processo legal; dos direitos individuais e do reconhecimento do que se denominou *direitos humanos naturais*. Em que pese os ideais (de liberdade, igualdade e fraternidade) que deram origem a esse discurso estarem pautados por valores genuínos que ainda hoje indicam a instituição de direitos libertários, quando a burguesia, que já detinha poder econômico adquire o poder político que almejava, tais ideais e valores, além do respectivo discurso, são utilizados de modo a legitimar o poder da nova classe social dominante. Igualdade e liberdade se desvirtuaram e tornaram-se longínquos ao tratar da diferença entre os que detinham força de trabalho e os que detinham força de produção. Não obstante, igualdade, liberdade e fraternidade perduram como critérios de avaliação dos modelos de justiça e poder, cujo contexto de origem precisa ser constantemente resgatado e relido, de forma a colocar luz na realidade contemporânea para que se aprecie os discursos e as políticas que hoje se propõem e adotam. (LOPES, José Reinaldo de Lima. In: *Fundamentos de história do direito*, *passim*.)

¹⁵ BARATA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*, p. 159/161

urgente, porém temporária, de um direito penal mínimo, na medida em que tem em sua definitiva abolição o objetivo final da sua tática.¹⁶

Em seu seio se concebe o processo de criminalização de determinados cidadãos e situações fáticas como realidades construídas pelo sistema de justiça criminal. Nesse sentido, tem por objeto de estudo justamente esse processo pelo qual se *atribui* a criminalidade de forma seletiva, pelo qual se criminalizam cidadãos e comportamentos com base em indicadores sociais negativos (como vestimenta, cor da pele, sexo, idade, origem, doença, pobreza, etc.), desencadeados por estereótipos, idiosincrasias e outras modalidades ideológicas.

Para tanto, a criminologia crítica combina os métodos interacionista e dialético: este trabalha a criminalização no contexto do modo de produção capitalista e aquele aborda o sistema da justiça criminal na qualidade de agente criminalizador.

O estudo que faz do exercício seletivo do poder de criminalizar e punir explicita (i) a realidade do crime como realidade social constituída pelo sistema de controle social; (ii) criminalização como bem social negativo desigualmente distribuído segundo a posição social do autor; (iii) sistema de justiça criminal como instituição ativa na transformação do cidadão em criminoso.¹⁷

Tamanha seletividade pode ser explicada pela lógica mais ou menos inconsciente das *meta-regras*, conceituadas como mecanismos psíquicos de natureza emocional relativos à estereótipos, preconceitos, idiosincrasias e outras deformações ideológicas do operador do direito, determinantes à criminalização social¹⁸.

Na execução penal, a seletividade penal coloca em evidência o modo como a prisão promove o desaprendizado de valores e normas de convivência social, o que se chama de *desculturação*, e o

¹⁶ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal, p. 695/8. Ainda ANDRADE, Vera Regina Pereira. A ilusão de segurança jurídica, p. 214/219.

¹⁷ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal, p. 479.

¹⁸ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal, p. 479. Ainda: BARATA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal, p. 175/181.

aprendizado de valores e normas de sobrevivência na prisão, o que se denomina de *aculturação*.

Aliadas, a desculturação e a aculturação do cidadão acabam por ensinar o indivíduo a se comportar de modo tal que lhe permita (sobre)viver na prisão. Ao se adaptar, ao aprender a viver na prisão, o cidadão vive como o criminoso que é considerado, de modo que assume essa etiqueta que se lhe aplicam - fato que o *labeling approach* (o paradigma da reação social), que se estudará em seguida, tem o mérito de explicitar - ao ponto de deturpar sua auto-imagem e a atender às expectativas preconceituosas que o senso-cumum coloca em todo aquele que fora preso. O cidadão passa a agir conforme o estereótipo social do criminoso e, ao interiorizar as características do rótulo, não raro assume também fora da prisão uma carreira criminosa e realiza o destino que lhe traçou a justiça criminal, conforme a *self fulfilling prophecy*.¹⁹

Entre um e outro modelo criminológico encontra-se o marco teórico do *labeling approach* (o paradigma da reação social, que se opõe ao paradigma etiológico), cuja origem está na criminologia fenomenológica norte-americana, em meados do século passado. Há uma autêntica mudança paradigmática, na medida em que rompe com o modelo teórico que procura causas etiológicas no fenômeno ontológico do que entende por crime.

Por esse outro modelo, tem-se a criminalização como o fenômeno social que é, na medida em que não passa de consequência da aplicação da etiqueta “criminoso” ao comportamento que é selecionado por entidades de controle social.

O *labeling approach* fica “no meio do caminho”, ou seja, não alcança o esclarecimento da Criminologia Crítica por não revelar os modos de distribuição da criminalidade no capitalismo, ou seja, as formas como o poder define o que é crime e atribui o rótulo de criminoso de modo simétrico, em termos de propriedade e poder, às desigualdades sociais.²⁰

¹⁹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*, p. 476/481. Ainda: BARATA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*, p. 178/181.

²⁰ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*, p. 696/7. Ainda: BARATA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*, p. 101/116; ANDRADE, Vera Regina Pereira. *A ilusão de segurança jurídica*, p. 198/213.

Capítulo 3 – Direito Penal e Ideologia

Para encobrir e dar credibilidade ao papel que o direito penal e seus institutos, dentre eles a pena criminal, assumem na legitimação do poder, elaboram-se discursos ideológicos²¹. O discurso jurídico sobre os fins da pena se altera ao longo do tempo em função dos objetivos que o poder (e os Estados, em suas diferentes formas), atribui, com base em modelos criminológicos, à pena criminal.²²

Os discursos jurídicos, assim como o direito, podem servir tanto para libertar quanto para oprimir seres humanos (daí a necessidade da crítica constante).²³ Através desses discursos atribuem-se finalidades à pena criminal que não correspondem à realidade mas que, não obstante, perseveram e fundamentam formas de poder ilegítimas, abusivas, anti-democráticas e, não obstante, aclamadas pelo senso-comum jurídico e da população em geral.²⁴

A explicação que se adota para façanha de tal monta vem do que se chama de “Teorema de THOMAS”, pelo qual, sinteticamente, se demonstra que não é preciso agir sobre a realidade para se obter resultados concretos, pois ações sobre a imagem que se projeta da realidade são eficazes para gerar efeitos reais na opinião pública²⁵. Tal projeção, na contemporaneidade, vem maximizada pelos meios de comunicação de massa que a tanto se prestam.

Aplicando-se o Teorema de Thomas aos fins declarados da pena criminal, percebe-se como as ações sobre a imagem da criminalidade vêm sendo suficientes para gerar efeitos reais de alarme social, os quais têm o condão de legitimar políticas que, por sua vez, desencadeiam o direito penal máximo e a elevação da repressão penal.

A parcela, sempre excedente, de poder público repressivo que desse modo se legitima, acaba por reduzir, quando não suprime, direitos e

²¹ Com MARX, entende-se por ideologia um fenômeno pelo qual as representações que os homens elaboram sobre a realidade são tomadas como a própria realidade. (MARX, Karl. A ideologia alemã, p. 53.).

²² ANDRADE, Vera Regina Pereira. A ilusão de segurança jurídica, p. 189/198.

²³ CARVALHO, Salo. Penas e garantias, p. 100/6; p.111/7.

²⁴ ANDRADE, Vera Regina Pereira. A ilusão de segurança jurídica, p. 276/284.

²⁵ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal, p.698/9.

garantias que são a marca de modelos processuais penais de essência acusatória e democrática. A opinião pública, cooptada, acaba por abrir mão das suas próprias mais caras garantias e formas de controle de poder, cuja conquista custou vidas e sequer esteve de fato plenamente na ordem do dia.

Ao ser levada a conferir mais e mais poder aos poucos que o detém (e que se revezam em seu exercício), a sociedade perpetua desigualdades e injustiças sociais que apenas retoricamente tentam ser combatidas pelos representantes que elege, os quais adotam políticas de *tolerância zero no combate ao crime* no lugar das políticas sociais de base que fariam de fato a diferença.

Tais políticas sociais de base correspondem ao modelo de direito penal mínimo e tem por base os estudos da criminologia crítica. Em oposição estão as políticas criminais que se reduzem às leis penais e aos outros institutos do modelo de direito penal que se faz máximo, simbólico – aquele pelo qual se criminalizam condutas como forma de solução retórica, não real, para as situações problemáticas às quais se relacionam (situações que não precisariam ser resguardadas pelo direito penal), sendo que acabam por legitimar realmente o poder punitivo que se diz igualitário – e abusivo,²⁶ com fundamento em modelos criminológicos que não se dedicam ao estudo do crime como criminalização ou que deixam de explicar a relação entre a criminalização e a manutenção da estrutura social.²⁷

²⁶ CARVALHO, Salo. Penas e garantias, p. 84/6.

²⁷ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal, p.700/2.

PARTE 2 – O DISCURSO JURÍDICO SOBRE OS FINS DA PENA

As quatro funções declaradas da pena criminal, aclamadas ao longo do tempo pelos diversos discursos oficiais da teoria jurídica da pena, são: (i) a pena como retribuição de culpabilidade; (ii) a pena como prevenção especial; (iii) a pena como prevenção geral; (iv) a pena como retribuição e prevenção (as teorias unificadas). Essas funções serão explicitadas na segunda parte do trabalho e, em seguida, desmentidas (através do estudo das suas funções reais).

Portanto, na terceira parte do estudo, serão trabalhadas as funções reais da pena criminal, de acordo com: (I) a teoria negativa ou agnóstica da pena criminal; (II) a crítica materialista dialética da pena criminal, que assim enumera as reais funções da pena: (i) a pena como “retribuição equivalente” do crime, (ii) a prevenção especial como garantia das relações sociais, (iii) a prevenção geral como afirmação da ideologia dominante, (iv) as teorias unificadas como integração das funções manifestas ou declaradas da pena criminal.

Nessa seqüência é que se pretende, como objetivo precípua do estudo que se propõe, desconstruir o discurso jurídico sobre os fins da pena.

Capítulo 1 – As teorias retributivas da pena

A pena como retribuição do crime, tanto no sentido religioso de expiação quanto no jurídico de compensação da culpabilidade, representa a imposição de um mal justo contra o mal injusto que o crime significa. SENECA confere o tom da melodia retributivista na fórmula latina *punitur, quia peccatum est* (punido, porque pecou).²⁸

O fundamento da pena criminal está na afirmação segundo a qual o castigo seria a retribuição justa de uma violação ao direito penal cometida pelo autor. Embora a idéia retributivista remonte à mais primitiva noção de justiça, diretamente relacionada à vingança, presente já em modelos

²⁸ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal, p. 455.

penais da Antigüidade, há novos significados, sendo a ressignificação iluminista um importante marco.²⁹

Há que se ressaltar um novo significado na retribuição típica do modo de produção capitalista, no qual o valor das coisas vai medido pelo tempo, como se estudará adiante (no primeiro capítulo da segunda parte deste trabalho e na primeira seção do segundo capítulo da terceira parte, *infra*).

Buscam-se explicações para a sobrevivência histórica³⁰ desta função, tendo em mente que há fortíssimos argumentos contrários a ela, como (i) o fato de não apresentar qualquer finalidade útil para a sociedade, na medida em que retribui um mal pretérito que já não se pode evitar e (ii) o fato de se fundar a culpabilidade no livre-arbítrio, que é indemonstrável.

Talvez a principal explicação remeta àquilo que se estuda como seu fundamento psicológico, mais especificamente em mecanismos psíquicos conscientes da psicologia popular (assumidamente determinada pela fórmula de talião, *olho por olho, dente por dente*) e em mecanismos inconscientes arraigados na mentalidade do homem contemporâneo.

Tal arraigamento, em grande medida, pode ser relacionado ao poder de sobredeterminação das crenças religiosas ocidentais, em especial a tradição judaico-cristã, na qual a justiça divina é internalizada como mecanismo retributivo-vingativo.

Para além das fundamentações de fundo religioso e psicológico, há também as de cunho filosófico. Como se sabe, a filosofia ocidental idealista, na qual se destacam os pensamentos de Kant³¹ e Hegel³², é de matriz retributivista. Resumidamente, para este, o fundamento da pena

²⁹ CARVALHO, Salo. Penas e garantias, p. 120/4.

³⁰ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal, p.456.

³¹ A lei penal é um imperativo categórico; e infeliz é aquele que se arrasta pelo caminho tortuoso do eudemonismo para encontrar algo que, pela vantagem que se possa tirar, descarrega-se do culpado, em todo ou em parte, das penas que merece segundo o provérbio farisaico: "Mais vale a morte de um só homem que a perda de todo o povo"; porque, quando, a justiça é desconhecida, os homens não têm razão de ser sobre a Terra. (KANT, Immanuel. Doutrina do direito, p. 176.). Vale lembrar a posição de Kant no caso de dissolução consentida da sociedade civil em relação ao último assassino por ventura preso: este deveria ser executado para que cada um tivesse a experiência do valor de seus atos e a culpa do crime não recaísse sobre o povo. (KANT, Immanuel. Doutrina do direito, p. 178/179.).

³² Segundo HEGEL: "a realidade do direito reside na sua necessidade ao reconciliar-se ele consigo mesmo mediante a supressão da violação do direito." (HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Princípios da Filosofia do Direito, p. 87.).

como retribuição está na necessidade jurídica de equilíbrio do ordenamento, enquanto que, para aquele, está na necessidade ética da pena.³³

A dogmática jurídica também faz suas críticas ao retributivismo. Em primeiro lugar, reforça que, ao se fundamentar no livre-arbítrio, cuja demonstração se faz inviável, inviabilizada está a justificativa da teoria. Depois, segundo enfatiza ROXIN³⁴, em sendo a finalidade do direito penal a proteção de bens jurídicos, não faz sentido que o Estado, para atingi-la, recorra a uma pena criminal destituída de fins sociais, no sentido preventivo.

Em outras palavras, a crítica jurídica a esta concepção (formulada por adeptos da prevenção geral e especial) diz que retribuir um mal com outro pode corresponder a uma crença, mas não é democrático (porque em Estados Democráticos de Direito o poder é exercido em nome do povo, não em nome de Deus, sendo que o objetivo do Estado Democrático de Direito é proteger bens jurídicos, não realizar vinganças) nem científico (porque a retribuição pressupõe algo que é indemonstrável, a liberdade de vontade, pressuposta no juízo de culpabilidade). Por conta disso, a culpabilidade perde a função de fundamento da pena, legitimadora do poder punitivo do Estado, para assumir a função atual de limitação da pena, garantidora do indivíduo contra o poder punitivo do Estado.³⁵

Neste momento importa registrar uma outra explicação, de caráter criminológico crítico e materialista (que será melhor desenvolvido em momento oportuno), para a perseverança da função retributiva da pena criminal. Entende-se que há uma relação entre (i) a amplíssima utilização da pena privativa de liberdade em relação às infinitamente menos usadas outras modalidades punitivas e (ii) a lógica de valor do capitalismo, onde a pena privativa de liberdade é contada através da mercadoria *tempo* e, pois, coloca-se como valor de troca do crime.

Segundo a crítica materialista / dialética da pena criminal, nessa forma de produção, quanto mais tempo se leva para produzir uma mercadoria, maior será o seu valor de troca. No caso da pena, o valor de troca

³³ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal, p. 456/8.

³⁴ ROXIN, Claus. Derecho Penal Parte General, Tomo I, p. 84.

³⁵ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal, p. 457.

é a retribuição em tempo de vida privado do convívio social. Portanto, a pena como retribuição equivalente à gravidade do crime - medida pela quantidade de tempo suprimida do condenado - é forma específica de punição da sociedade capitalista³⁶. Essa função da pena deve perdurar enquanto o modo de produção capitalista subsistir, visto que, no capitalismo, a instituição prisional representa a pena como retribuição equivalente.

Capítulo 2 – As teorias preventivas da pena

As teorias preventivas da pena criminal surgiram em oposição às teorias retributivistas da pena, tendo em mente tanto a debilidade do caráter metafísico da pena retributiva quanto a indemonstrabilidade do livre-arbítrio, essência da culpabilidade que lhe fundamenta. Em seu cerne tem-se uma matriz utilitarista, na medida em que a pena criminal tem por fim ser útil à sociedade (prevenção geral) e ao criminoso (prevenção especial) ao evitar (no pretense sentido de prevenir) a criminalidade.³⁷

A função declarada da *prevenção especial* como finalidade da pena criminal, prevalente no Direito Penal dos séculos XIX e XX, tem por objetivo evitar a prática de delitos por parte do indivíduo que já praticou algum, de modo que ele não volte a fazê-lo. Na modalidade *positiva* da prevenção especial, quer-se reabilitar socialmente, no pretense sentido de ressocializar³⁸, aqueles que cometeram delitos. Por conta de se ter identificado a delinquência de tais indivíduos, desde um paradigma positivista, como fato decorrente da sua perigosidade, ou seja, do desvio social determinista que lhes acompanha e que precisa de correção, entende-se que tal correção se faria através da pena criminal³⁹.

³⁶ Com PASUKANIS: "...Os delitos e as penas (...) revestem um caráter jurídico, com base num contrato de resgate. (...) O direito penal é, deste modo, uma parte integrante da superestrutura jurídica, na medida em que encarna uma modalidade dessa forma fundamental, à qual está submetida a sociedade moderna: a forma de troca de equivalentes com todas as suas consequências." (PASUKANIS, Eugeny Bronislavovic. *A teoria geral do direito e o marxismo*, p. 196).

³⁷ BARATA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*, p. 29/40. No mesmo sentido: CARVALHO, Salo. *Penas e garantias*, p. 124/139.

³⁸ BARATA, Alessandro, *ibidem*. CARVALHO, Salo. *Penas e garantias*, p. 130/9.

³⁹ BARATA, Alessandro, *ibidem*. CARVALHO, Salo, *ibidem*.

Em não se tendo sucesso na aplicação da ressocialização, haveria uma outra proposta de solução, qual seja, a de separar o sujeito da sociedade pois, segregado (preso, neutralizado), o indivíduo não a atingiria novamente. Esta é a proposta da prevenção especial, em sua modalidade negativa.

A função declarada da *prevenção geral*, como finalidade da pena criminal, tem por objetivo evitar crimes futuros por parte de criminosos em potencial. No que se refere à prevenção geral *negativa* (que é a forma *antiga* da prevenção geral), o objetivo é desestimular a prática de crimes por parte de delinqüentes em potencial através da ameaça da pena. No que se refere à segunda modalidade da prevenção geral, a *positiva* (que é pós-moderna, mais especificamente datada do final do século XX), a finalidade da pena criminal seria manter ou reforçar a confiança da sociedade na ordem jurídica.

A função declarada, de integração ou prevenção, da modalidade geral e positiva pode ter natureza relativa ou absoluta. No primeiro caso, quando a prevenção geral positiva se coloca de forma relativa perante sua função declarada, ela vai entendida - por pensadores como ROXIN - como demonstração da inviolabilidade do Direito. A referida demonstração seria necessária para preservar a confiança na ordem jurídica e reforçar a fidelidade jurídica do povo.

No segundo caso, quando a prevenção geral positiva se coloca de forma absoluta perante sua função declarada, ela vai definida - por pensadores como JAKOBS - como demonstração da validade da norma através de reação contra a violação da norma (às custas do responsável pela conduta, mas dirigida a todos os seres humanos). Tratar-se-ia de uma afirmação da validade da norma penal violada que, reafirmada pela pena criminal, seria entendida como bem jurídico-penal.⁴⁰

⁴⁰ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal, p. 462/3.

Seção 1 - A prevenção especial

O objetivo declarado da função preventiva da pena criminal é evitar crimes futuros em relação ao indivíduo que já praticou um delito, ou seja, em relação àquele indivíduo que fora condenado como seu autor. Para tanto, a teoria da prevenção especial se manifesta de dois modos: pela modalidade negativa e pela modalidade positiva.

Na primeira modalidade, a da *prevenção especial negativa*, a pena criminal tem por finalidade provocar a incapacitação do autor para praticar novos crimes contra a coletividade durante a execução da pena. Tal modalidade acontece através do que se denomina de neutralização do criminoso, prática que é colocada por essa teoria como questão de “segurança social” (como abaixo se explica).

Na segunda modalidade, a da *prevenção especial positiva*, a pena criminal tem por finalidade promover uma ação pedagógica durante a execução penal, através do trabalho de técnicos da “ortopedia moral” das penitenciárias (assistentes sociais, psicólogos, sociólogos, psiquiatras e outros funcionários).

A prevenção especial refere-se à atribuição que a lei faz aos aplicadores e aos executores da sanção penal. Inicialmente, a prevenção especial é definida pelo juiz ao aplicar a pena através da sentença dirigida ao indivíduo que é julgado, sendo determinada, como quer o artigo 59 do Código Penal brasileiro⁴¹, na medida que for necessária e suficiente para evitar, para prevenir o crime. Os termos da sentença vão realizados pelos técnicos da execução da pena criminal, tendo por escopo agenciar a *harmônica integração social do condenado* (LEP, artigo primeiro).⁴²

A avaliação que a dogmática jurídica faz da prevenção especial negativa é a de que, neste caso específico, a função declarada pelo discurso oficial realmente se cumpre, ainda que de forma parcial e distorcida. Inocuidados, os indivíduos privados de sua liberdade não são capazes de

⁴¹ Artigo 59: “O juiz, (...), estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime”.

⁴² Lei de Execução Penal, artigo primeiro: “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.”

praticar crimes fora da prisão, de modo que a execução da pena produz, estritamente nesse sentido, algo que se difunde como “segurança social”.

Sobre a prevenção especial positiva ZAFFARONI aponta que se trata de

uma impossibilidade estrutural não-solucionada pelo leque de ideologias *re*: ressocialização, reeducação, reinserção, repersonalização, reindividualização, reincorporação. Estas ideologias encontram-se tão deslegitimadas, frente aos dados da ciência social, que utilizam como argumento em seu favor a necessidade de serem sustentadas apenas para que não se caia num retribucionismo irracional, que legitime a conversão dos cárceres em campos de concentração.⁴³

É, pois, generalizada a evidência (embora muitos não a reconheçam ou não a queiram reconhecer) da ineficácia corretiva da prevenção especial positiva e, mais, dos efeitos nocivos que provoca.

Seção 2 - A prevenção geral

A pena criminal, vista desde o prisma que a coloca como prevenção geral, tem por objetivo evitar crimes futuros (não especificamente por parte do condenado mas de todos os criminosos em potencial, ou seja, dirige-se à sociedade em geral). Para tanto, manifesta-se de dois modos: pela prevenção geral negativa e pela prevenção geral positiva.

No que se refere à *prevenção geral negativa* (que é a forma *antiga* da prevenção geral), o Estado espera desestimular a prática de crimes por parte de delinqüentes em potencial através da ameaça da pena. Essa idéia fora concebida por FEUERBACH (1775 – 1833), em sua *teoria da coação psicológica*. Tal teoria encontra suas bases na razão iluminista que se explicita na lógica do contrato social.⁴⁴

Os membros dessa sociedade contratualista não vêem como finalidade da pena criminal a retribuição ou a ressocialização do criminoso, mas sim o convencimento capaz de intimidar a comunidade através

⁴³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. Direito penal brasileiro, p. 126/7.

⁴⁴ CARVALHO, Salo. Penas e garantias, p.124/9.

da ameaça da pena criminal e sua execução, no sentido de que não valeria à pena infringir a lei. Assim se seduziria o potencial delinquente a resistir ao impulso de praticar o delito.⁴⁵

A crítica costuma afirmar, como já fizera BECCARIA, que não seria a gravidade da pena, mas a certeza da punição, que desestimularia a prática delituosa. BARATTA aponta para o fato de que a norma jurídica exerce diferentes influências sobre a motivação dos diversos indivíduos, que as interiorizam de diversas maneiras.⁴⁶ O inconsciente, com FREUD, ensina a impossibilidade de se pensar no homem como ser absolutamente racional. Nesse sentido, WELZEL critica as teorias preventivas da pena: ela teria efeito intimidativo se o ser humano fosse racional por completo⁴⁷.

Há que se ressaltar, pois, que o direito não é a única forma de controle social, de modo que há inúmeras motivações contraditórias em potencial agindo sobre os indivíduos, sendo que a jurídica resguarda determinados valores e interesses, os quais não vão compartilhados por todo e qualquer cidadão.

CIRINO DOS SANTOS enfatiza que a ausência de critério de limite à pena faz da prevenção geral negativa autêntico terrorismo estatal. Destaca, ainda, que o efeito intimidativo da pena criminal pode acontecer em relação, apenas, a crimes de reflexão, típicos de um direito penal simbólico, e não sobre crimes impulsivos, sobre os quais recai a ação seletiva do sistema de justiça criminal.⁴⁸

Sabe-se, ainda, que os índices oficiais de criminalidade, divulgados por diversos órgãos e sempre com substanciais diferenças, não correspondem à realidade (não mensuram a criminalidade real que não são registrados). As chamada *cifra negra* da criminalidade designa a defasagem entre a criminalidade real e as oficialmente registradas. A partir de tal constatação, demonstra-se que a regra é a não punição, o que implicaria dizer que a previsão da pena em abstrato e sua execução concreta não intimidam

⁴⁵ ROXIN, Claus. Derecho Penal, p. 90.

⁴⁶ BARATA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal, p. 71/76.

⁴⁷ WELZEL, Hans. Derecho Penal Aleman, p. 331.

⁴⁸ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal, p. 461; p. 481/2.

criminosos em potencial, de modo que a pretensa intimidação não convence também nesse aspecto.⁴⁹

A influência da pós-modernidade fora sentida sobremaneira no âmbito da pena criminal no que se refere a uma nova abordagem da função *geral*, agora *positiva*. Desde o final do século XX, não mais se trata a prevenção geral como intimidação (característica da função geral negativa). Trata-se-lhe a partir de um discurso que ressalta aquilo que haveria de bom, de positivo na prevenção geral, ou seja, o reforço, que se vende como louvável, daquilo que se entende como *consciência jurídica da população*, por conta dessa renovada abordagem da pena criminal.

Aqui, há que se cuidar para não atropelar o discurso, pois não se deve pensar que se trata de um único: são essencialmente dois os que se pautam por essa matriz na contemporaneidade, o defendido por ROXIN e o propugnado por JAKOBS⁵⁰.

A cautela se faz necessária para compreender que, em que pese serem semelhantes essas duas propostas, têm fundamentos e escopos político-criminais diversos. Antecipa-se uma distinção: enquanto a prevenção geral positiva de ROXIN⁵¹ tem por objetivo o reforço da confiança jurídica da população com a proteção subsidiária de bens jurídicos, a de JAKOBS⁵² tem por objetivo a estabilidade das expectativas de comportamentos dos seres humanos em sociedade através do exercício da confiança no direito para que se estabilize e reforce a ordem normativa.

⁴⁹ ANDRADE, Vera Regina Pereira. A ilusão de segurança jurídica, p. 261/3. BARATA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal, p. 101/4.

⁵⁰ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal, p. 462/3.

⁵¹ El aspecto positivo de la prevención general 'comúnmente se busca en la conservación y el refuerzo de la confianza en la firmeza y poder de ejecución del ordenamiento jurídico'. Conforme a ello, la pena tiene la misión de 'demostrar la inviolabilidad del ordenamiento jurídico ante la comunidad jurídica y así reforzar la confianza jurídica del pueblo.' (ROXIN, Claus. Derecho Penal, p. 91.).

⁵² La misión de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales. Contenido de la pena es una réplica, que tiene lugar a costa del infractor, frente al cuestionamiento de la norma. (JAKOBS, Günther. Derecho penal: parte general, p. 14.).

ROXIN lidera o pensamento daqueles que atribuem caráter relativo à prevenção geral positiva.⁵³ Explica-se: seria relativa por se tratar de uma entre outras funções que, como ela, também se declaram (pelo discurso punitivo) à pena criminal, legitimadas pelo objetivo de proteger bens jurídicos subsidiariamente (já que há meios outros de proteção, mais eficazes) e fragmentariamente (por proteger apenas parcialmente os bens jurídicos que foram escolhidos).

Para ROXIN, portanto, a prevenção se definiria como demonstração da inviolabilidade do direito, o que se justificaria pela necessidade de se preservar a confiança do povo na firmeza da ordem jurídica. A consequência seria a conservação e o reforço da inviolabilidade do ordenamento jurídico através da pena criminal.

Esta, segundo o autor, desencadeia três efeitos político-criminais inter-relacionados: (i) o efeito sócio-pedagógico que produz o exercício da justiça criminal, que reforça a fidelidade jurídica; (ii) o efeito da elevação da confiança do cidadão na ordem jurídica, ao visualizar que se aplica o direito penal e (iii) o efeito de pacificação da consciência jurídica geral, que é tranqüilizada tanto quando se punem condutas contrárias ao direito quanto por entender resolvido o conflito especificamente em relação ao autor da ação que se entende criminosa⁵⁴.

JAKOBS se contrapõe à posição acima descrita na medida em que entende a prevenção geral positiva como única, conferindo-lhe caráter absoluto. Explica-se: seria exclusiva por concentrar todas as funções declaradas (intimidação, correção, neutralização e retribuição) da pena, legitimada pelo objetivo único de afirmar a validade da norma, que restaria desacreditada, bem como frustrado o ordenamento jurídico no caso de, após um crime, não haver punição.

Desde a perspectiva de JAKOBS, os bens jurídicos são totalmente substituídos por um único bem jurídico-penal, que é justamente a norma penal, reafirmada através da pena criminal.

⁵³ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal, p. 462/3.

⁵⁴ ROXIN, Claus. Derecho Penal, p. 91/92.

A necessidade de reação contra a violação da norma se dirigiria a todos os seres humanos (não apenas ao autor da ação), na qualidade de exercício (i) de confiança na norma, para que se saiba o que esperar na vida em sociedade; (ii) de fidelidade jurídica, por se reconhecer a pena como reflexo da contradição da norma e (iii) de aceitação das consequências do comportamento criminoso, sendo dever do autor suportar a pena.⁵⁵

Capítulo 3 - As teorias unificadas da pena

As teorias unificadas da pena combinam as funções de retribuição, prevenção geral e prevenção especial da pena criminal. Têm por o objetivo superar as deficiências específicas de cada uma das funções, vistas isoladamente⁵⁶.

Segundo tais teorias, a pena criminal seria, portanto, pautada pelas seguintes funções: (i) a de retribuição do injusto, o que se faria pela compensação ou pela expiação da culpabilidade; (ii) a de prevenção especial positiva, para recuperar o autor do crime pela execução corretiva da pena; (iii) a de prevenção especial negativa, para conferir segurança à sociedade pelo isolamento do condenado; (iv) a de prevenção geral negativa, que intimidaria potenciais criminosos através da ameaça de sanção da lei penal; (v) a de prevenção geral positiva, que reforçaria a confiança da coletividade no ordenamento jurídico.

As teorias unificadas predominam nas legislações, jurisprudências e literaturas jurídicas da atualidade⁵⁷. É a adotada pelo Código Penal brasileiro, em seu artigo 59: “O juiz, (...), estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime”.

Embora combinem retribuição, prevenção geral e prevenção especial, a depender do autor que defende uma ou outra versão dentre as versões das teorias unificadas da pena, coloca-se ênfase em alguma

⁵⁵ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal, p.462/3.

⁵⁶ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal, p. 463/5.

⁵⁷ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal, p.464.

dessas funções declaradas da pena criminal. Por exemplo: enquanto JESCHECK e WEIGEND enfatizam a retribuição, ROXIN enfoca as teorias preventivas.⁵⁸

Há que se ver o modo como tais ênfases são repletas de nuances e motivações. Comece-se por JESCHECK, para quem a ênfase na retribuição⁵⁹, pela unidade das funções repressivas e preventivas, seria capaz de prevenir futuras violações do Direito (fundamentado na ameaça, aplicação e execução da pena justa).

JESCHECK compreende a função repressiva do direito penal como necessária para se proteger a sociedade pela pena com justiça, de um modo justo. Não obstante, reconhece que o castigo aplicado de acordo com o princípio da justiça distributiva, com o objetivo de proteger a sociedade, é incapaz de retroagir e impedir que o injusto seja cometido. Por isso há sempre uma função preventiva (geral positiva) do direito penal ao se aplicar uma pena que se faça justa para a coletividade ao manter a ordem social⁶⁰.

Sobre a prevenção especial, enxerga a finalidade de ressocializar o criminoso como função da pena, em que pese não seja essa sua principal função⁶¹.

ROXIN, por sua vez, enfoca as preventivas unificadas (já que o direito penal deve proteger tanto a liberdade individual quanto a

⁵⁸ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*, p.465.

⁵⁹ A través del cumplimiento de la función repressiva de una forma moderada, proporcionada y adecuada a la culpabilidad, el Derecho penal desarrolla 'fuerza configuradora de las costumbres' que convence al conjunto de la población de la autoridad del Ordenamiento jurídico, alcanzando de esta forma el efecto preventivo al que se denomina prevención general. (JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal Parte General*, p. 5.).

⁶⁰ El castigo mediante una pena de una infracción del Derecho ya acaecida, de acuerdo con el principio de justicia distributiva, llega siempre, por su propia naturaleza, demasiado tarde, pues (...) no puede impedir que suceda el injusto cometido. Pero la función repressiva del Derecho penal es necesaria para poder conseguir la protección de la sociedad mediante la pena de un modo justo. (JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal Parte General*, p. 4.).

⁶¹ El recuerdo de la ejecución del menoscabo sufrido em la libertad, patrimônio o prestigio, debe servir al autor como advertência para futuros hechos punibles. Además, la pena privativa de libertad debe servir quanto menos para proteger temporalmente a la sociedad del delincuente peligroso. El efecto preventivo que la pena desarrolla sobre el reo mismo de denomina prevención especial. (JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal Parte General*, p. 5.).

sociedade). Mas tem no princípio da culpabilidade da teoria da retribuição o critério que limita a pena criminal.

Para ROXIN, o fim da pena é exclusivamente preventivo, porque só se justificam as leis penais quando, como já dito, objetivam proteger a liberdade individual e a ordem social. Por conseguinte, devendo-se evitar os delitos tanto pela influência que a pena exerce sobre o particular quanto sobre a coletividade, prevenção especial e prevenção geral aparecem juntas, unificadas e, numa aplicação ideal, são simultâneas (mas há momentos em que ora a prevenção geral, ora a especial, deve se sobressair, para o que o autor enumera critérios)⁶².

Embora concorde que a finalidade ressocializadora seja um fracasso, defende a necessidade da teoria da pena, na medida em que considera a prevenção geral com o escopo de se proteger bens jurídicos a real finalidade da pena, o que justificaria uma construção doutrinária⁶³. Nesse ponto distancia-se de JAKOBS, que defende a prevenção geral para que meramente se proteja a norma em si. Para ROXIN não há que se falar em “essência” de instituições jurídicas que independem de seus fins⁶⁴. Além disso, não se deve considerar a retribuição nem mesmo como fim paralelo ou concomitante ao da prevenção⁶⁵.

Quanto à comparação da teoria unificada com a teoria retributiva, faz-se pela culpabilidade. Segundo a teoria retributiva, a pena deve corresponder à culpabilidade do agente (que fundamenta a pena). Na teoria unificada a culpabilidade se coloca como limite (e não fundamento) da pena criminal, o que impede que a prevenção confira ao direito penal um caráter

⁶² ROXIN, Claus. Drecho Penal, p. 93 e seguintes.

⁶³ Concretamente, (...) em cada situação histórica e social de um grupo os pressupostos imprescindíveis para uma coexistência em comum se concretizam numa série de condições valiosas como, por exemplo, a vida, a integridade física, a liberdade de atuação ou a propriedade, as quais todo o mundo conhece; numa palavra os chamados bens jurídicos; e o direito penal tem que assegurar esses bens jurídicos, punindo a sua violação em determinadas condições. (ROXIN, Claus. Problemas fundamentais de direito penal, p. 27/28).

⁶⁴ ROXIN, Claus. Drecho Penal, p. 98/9.

⁶⁵ ROXIN, Claus. Drecho Penal, p. 98/9.

meramente instrumental, no qual os seres humanos são meios para que se atinjam finalidades formalistas normativas.⁶⁶

⁶⁶ Afirma ROXIN: (...)cuando la afirmación de la culpabilidad humana sirve solamente para trazar una frontera a una intervención estatal necesaria desde fundamentos preventivos, (...), el principio de culpabilidad solo sirve como instrumento para restricción de la prevención, no perjudica a los particulares, sino que los protege (...). (ROXIN, Claus. Drecho Penal, p. 100/101).

PARTE 3 – O DISCURSO CRIMINOLÓGICO SOBRE OS FINS DA PENA

A seguir se pretende uma abordagem criminologia desde o viés da criminologia crítica que, conforme se estudou no segundo capítulo da primeira parte do presente trabalho, ao qual agora se remete, opõe-se à criminologia etiológica e vai além do importante marco introduzido pelo *leabeling approach*.

A criminologia crítica, retome-se apenas esta breve idéia, debruça-se sobre a criminalização como um processo desencadeado pelo sistema de justiça criminal (veja-se que o objeto de estudo não compreende mais as causas da criminalidade, sejam elas psicológicas, biológicas ou ambientais). Coloca-se em evidência a real função do sistema de justiça criminal, qual seja, a garantia e a manutenção das relações sociais pela estigmatização de certas pessoas e pela criminalização de determinadas condutas. Tal assertiva se opõe à função declarada de combate à criminalidade, ostentada pelos defensores dos discursos da dogmática penal oficial e da criminologia tradicional.

O discurso criminológico sobre os fins da pena é produzido por duas teorias principais (com propósitos comuns embora com métodos diferentes)⁶⁷. O estudo se inicia pela Crítica Negativa ou Agnóstica da pena criminal e segue com a Crítica Materialista ou Dialética da pena criminal. Finalmente, serão tecidas as críticas criminológicas às funções declaradas da pena criminal.

Capítulo 1 - A crítica negativa / agnóstica da pena criminal

A crítica negativa ou agnóstica da pena criminal é de autoria de RAÚL ZAFFARONI e NILO BATISTA. Seu fundamento repousa na distinção entre modelos ideais de *estado de polícia* e *estado de direito*:

Para o primeiro modelo, submissão à lei é sinônimo de obediência ao governo; para o segundo, significa acatamento a regras anteriormente

⁶⁷ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal, p. 466.

estabelecidas. O primeiro pressupõe que a consciência do que é bom pertence à classe hegemônica e, por conseguinte, tende a uma justiça substancialista; o segundo pressupõe que pertence a todo ser humano por igual e, portanto, tende a uma justiça procedimental. (...) As agências jurídicas do primeiro tratam de controlar o respeito às regras estabelecidas; as do segundo, o respeito à vontade hegemônica.⁶⁸

Parece evidente que na prática tais modelos ideais se interpenetrem. O que não se pode esquecer de destacar é a posição do direito penal diante dessas possibilidades:

O exercício do poder punitivo (...) não pode senão identificar-se como um modelo do capítulo do modelo de estado de polícia que sobrevive dentro do estado de direito. A legitimação do poder punitivo é, portanto, simultaneamente, legitimação de componentes do estado de polícia e atua em detrimento do estado de direito. Com a racionalização de suas funções manifestas e com a dissimulação do modo real de exercício do poder punitivo, este se legitima.⁶⁹

Denomina-se essa teoria de negativa por se tratar de uma construção que nega as funções declaradas da pena criminal, definindo o que entende como pena criminal por exclusão⁷⁰. Neste aspecto essa teoria poderia ser assumida pela teoria materialista / dialética⁷¹.

O adjetivo *agnóstica* também é vocativo para essa crítica das funções reais da pena criminal pois, na medida em que confessa não conhecê-las, renuncia à tal cognição. Nesse tão importante aspecto, não parece haver sintonia com a tradição da criminologia crítica, o que indica um substancial rompimento⁷².

Não obstante, o mérito dessa teoria precisa ser ressaltado. Trata-se de uma construção crítica e democrática capaz de lançar luz na dogmática penal e na política criminal. É um trabalho que desmitifica os

⁶⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. Direito penal brasileiro, p. 94/5.

⁶⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. Direito penal brasileiro, p. 96.

⁷⁰ Conceituam: “a pena é uma coerção, que impõe uma privação de direitos ou uma dor, mas não repara nem restitui, nem tampouco detém as lesões em curso ou neutraliza perigos iminentes (...) a pena é um exercício de poder” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. Direito penal brasileiro, p. 99.).

⁷¹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal, p. 469.

⁷² CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal, p. 469.

discursos punitivos, demarcando sua inconsistência e rejeitando-lhe, posto que são falsas as funções que declara serem da pena criminal. Tal postura implica um rompimento oposto ao anterior, ou seja, neste sentido a crítica dos autores os desliga do discurso de lei e ordem do poder punitivo e se coaduna com a matriz crítica da criminologia.⁷³

Seria leviano, entretanto, evitar uma análise séria e fundamentada, na linha do presente estudo. Assim, registra-se que a postura agnóstica, pela qual não se reconhece as reais finalidades da pena criminal, revela a desconsideração da real função da pena criminal, qual seja, de manter as diferenças sociais e o *status quo* como um todo. Parece não haver vontade, por parte dos autores, em explicitar os interesses reais do discurso jurídico penal, o que significa, insista-se, um episódio de profunda incoerência com o contexto rico e louvável de sua produção intelectual e, por conseguinte, com a própria criminologia crítica.

Capítulo 2 - A crítica materialista / dialética da pena criminal

A crítica materialista / dialética da pena criminal foi desenvolvida pela tradição marxista em criminologia, composta, principalmente, pelos seguintes pensadores: PASUKANIS, MELOSSI/PAVARINI, BARATTA, JUAREZ CIRINO DOS SANTOS, sem deixar de mencionar a relevantíssima contribuição do estruturalista FOUCAULT.⁷⁴

A crítica material dialética enfrenta a questão para a qual a teoria agnóstica faz vistas grossas. Seu objetivo, portanto, é demonstrar as finalidades reais da pena criminal.

A crítica em estudo demonstra que a pena criminal jamais serviu para expiar a culpabilidade nem para ressocializar o indivíduo ou, sequer, para intimidar a coletividade.

Para tanto, inicia-se por analisar a retribuição na qualidade de retribuição equivalente pela prática da conduta criminosa. Em seguida,

⁷³ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal, p. 468.

⁷⁴ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal, p. 466.

passa-se ao estudo da prevenção geral como garantia das relações de exploração entre capital e trabalho assalariado. Depois, demonstra-se o modo como a prevenção especial afirma a ideologia dominante. Finalmente, explicitam-se as teorias unificadas como integração das funções manifestas ou declaradas da pena criminal.

Seção 1 - A pena como “retribuição equivalente” do crime

Introduz-se, neste momento do estudo, uma explicação política da retribuição equivalente como contrapartida sócio-estrutural típica das sociedades capitalistas. Esta abordagem tem por escopo demonstrar as reais funções da pena criminal na contemporaneidade.⁷⁵

Opta-se por destacar a construção de MELOSSI/PAVARINI, por conta da presença deste em Curitiba, no Salão Nobre da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, dia 24 de agosto de 2007, quando proferiu a Conferência “A Crise de Legitimação da Pena”, estando presentes vários alunos do Instituto de Criminologia e Política Criminal. Sendo Massimo PAVARINI um dos grandes nomes da criminologia crítica da atualidade e autor estudado pelo nosso curso de pós-graduação justamente ao longo de ano de 2007, quando aqui esteve, seu amigo e Presidente do ICPC, Professor Doutor Juarez CIRINO DOS SANTOS compôs a mesa de trabalhos, juntamente com o Professor Doutor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Por conta do conteúdo da conferência e da forma como foi exposta, coloca-se o autor em destaque, transcrevendo-se, inclusive, algumas de suas falas naquela noite.

PAVARINI se coloca como discípulo de BARATTA mesmo sendo a este anterior *Cárcere e Fábrica*, sua obra principal. A obra *Cárcere e Fábrica*, escrita em parceria com Dario MELOSSI, durante muito tempo foi utilizada como *Curso* de criminologia.

⁷⁵ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal, p. 470/1.

É em Cárcere e Fábrica que PAVARINI e MELOSSI explicam a prisão como a instituição criada para garantir relações de poder desenvolvidas na fábrica. O vocábulo *fábrica* não é aqui utilizado em sentido estrito, unívoco, mas amplo, plural, de modo a englobar empresas, indústrias e relações de produção que expressam o “capital produtivo” (aquele capital que produz mercadorias).⁷⁶

PAVARINI e MELOSSI explicam como a prisão e a fábrica se colocam como as principais instituições mantenedoras da relação capital/trabalho. O capitalismo, sistema de produção no qual se estrutura a sociedade contemporânea, tem por fundamento material e ideológico o princípio da retribuição equivalente em todos os níveis da vida social. Tal princípio vai medido pelo tempo (tempo de liberdade suprimida em relação à pena criminal), critério de valor da sociedade capitalista⁷⁷.

É nesse sentido a produção de outro grande intelectual, PASUKANIS: “Para que a idéia da possibilidade de reparar o delito através do *quantum* de liberdade tenha podido nascer foi preciso que todas as formas concretas da riqueza social tivessem sido reduzidas à mais abstracta e mais simples das formas, ao trabalho humano medido pelo tempo.”⁷⁸

PASUKANIS explica que a noção da pena como retribuição equivalente, equiparada ao valor de troca, acaba por realizar o princípio da igualdade formal no direito penal capitalista. A idéia torna-se muito clara quando o autor explica que a pena de multa destina-se apenas aos membros da sociedade capaz de adimpli-la, enquanto que a pena privativa de liberdade,

⁷⁶ Anotações desta acadêmica da Conferência “A Crise de Legitimação da Pena”, proferida pelo Professor Doutor Massimo Pavarino, em Curitiba, no Salão Nobre da Faculdade de Direito da UFPR, em 24 de agosto de 2007.

⁷⁷ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal, p. 472/3.

⁷⁸ A pena proporcionada à culpabilidade representa fundamentalmente, a mesma forma que a reparação proporcionada ao dano. (...) A privação de liberdade por um tempo determinado através da sentença do tribunal é a forma específica pela qual o direito penal moderno, isto é, burguês-capitalista, realiza o princípio da retribuição equivalente. Esta forma está inconscientemente, mas profundamente, ligada à representação do homem abstracto e do trabalho humano abstracto mensurável pelo tempo. Não foi por acaso que esta forma de pena foi introduzida e foi considerada como natural precisamente no século XIX (...). As prisões e os calabouços também existiram na Antiguidade e na Idade Média ao lado de outros meios de violência física. Porém, os indivíduos estavam geralmente detidos aí até à sua morte ou até que pudessem pagar o seu resgate. (PASUKANIS, Eugeny Bronislavovic. A teoria geral do direito e o marxismo, p.202).

retributivista e em regra adotada nas sociedades capitalistas, mostra-se universal, na medida em que o tempo é um bem comum aos membros de todas as classes sociais⁷⁹.

O valor de uso (prevenção especial e prevenção geral, declaradamente atribuídas ao valor de troca da pena criminal, troca esta medida pelo tempo de liberdade suprimida do condenado) atribuído à pena criminal, inútil do ponto de vista das funções declaradas do sistema penal, é extremamente útil quanto às funções reais da pena criminal.

Isso acontece porque a desigualdade social e a opressão de classe do capitalismo é garantida pelo discurso da neutralização / correção individual e da intimidação / reforço da fidelidade jurídica do povo (que, por sua vez, garante a separação entre a força de trabalho e os meios de produção, cujo modo de produção se funda na contradição capital *versus* trabalho assalariado).⁸⁰

Enfim, a pena como retribuição equivalente à gravidade do crime - medida pela quantidade de tempo suprimida do condenado - é forma específica de punição da sociedade capitalista. Essa função da pena deve perdurar enquanto o modo de produção capitalista subsistir⁸¹, visto que, no capitalismo, a instituição prisional representa a pena como retribuição equivalente.

Segundo PAVARINI, o Estado Democrático de Direito é compromissado com a inclusão social, que aparece como um ideal, um norte obrigatório nesse paradigma estatal. Em não havendo inclusão, faz-se legítima uma revolução.⁸²

⁷⁹ PASUKANIS, Eugeny Bronislavovic. A teoria geral do direito e o marxismo, p. 205/6.

⁸⁰ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal, p. 475. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. A criminologia radical, *passim*.

⁸¹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal, p. 476.

⁸² Anotações desta acadêmica da Conferência "A Crise de Legitimação da Pena", proferida pelo Professor Doutor Massimo Pavarino, em Curitiba, no Salão Nobre da Faculdade de Direito da UFPR, em 24 de agosto de 2007. No mesmo sentido, pela abolição do modo de produção capitalista através da luta revolucionária do proletariado, realizando-se o socialismo: PASUKANIS, Eugeny Bronislavovic. A teoria geral do direito e o marxismo, p. 207.

PAVARINI cita⁸³ a oposição proposta por JAKOBS entre um direito penal do cidadão – que o deve respeitar e aplicar os princípios constitucionais e as garantias processuais penais democráticas – e um direito penal do inimigo – que não mereceria ser tratado como cidadão, mas sim desde uma lógica de guerra, cujas regras se embasam no princípio da violência – sendo este um dentre tantos exemplos contemporâneos de políticas de exclusão e extermínio.

Ainda com PAVARINI, esse tipo de política (pela qual se diferencia um e outro direito penal em função do autor) é típica do fenômeno de *hegemonia cultural* – afirma o professor italiano, que verbaliza a intenção proposital de citar o conterrâneo GRAMSCI em sua conferência, – pelo qual os países mais poderosos em cada momento histórico contaminam os outros países com o seu modelo cultural dominante.

O poderio dos Estados Unidos da América tem por padrão um modelo de Estado *Neoliberal* e uma política *de mercado*, que geram exclusão social. As idéias que determinam como e por que esse modelo de Estado deve castigar tem relação com suas idéias hegemônicas de modelo social, econômico, democrático, vital, etc. Nesse contexto de modelo penal é que se insere, por exemplo, as políticas de tolerância zero, que foram adotadas por países como o Brasil por inspiração no modelo norte-americano.

Enfim, disso tudo se deve aqui fixar o fato de que a pena criminal na forma de retribuição, típica do modo de produção capitalista, permanece enquanto perdurar esse modelo, cujas conseqüências humanas divergem dos postulados constitucionais do Estado Democrático de Direito, os quais se inserem no direito constitucional brasileiro.

⁸³ O conteúdo deste e dos próximos parágrafos é transcrição das anotações de aula desta acadêmica da Conferência “A Crise de Legitimação da Pena”, proferida por PAVARINI no Salão Nobre da Faculdade de Direito da UFPR, em 24 de agosto de 2007.

Seção 2 - A prevenção especial como garantia das relações sociais

Extremamente difundido nos dias de hoje é o discurso que, fundamentado nas funções declaradas da prevenção especial positiva e negativa, pretende aplicar a pena criminal para evitar crimes futuros. Para tanto, se recorreria à correção do indivíduo (práticas de reinserção social de prevenção especial positiva) ou ao isolamento do indivíduo do restante da sociedade, de modo a neutralizá-lo, impedi-lo de prejudicar a coletividade novamente (prevenção especial negativa).

No que se refere à prevenção especial negativa, embora a privação de liberdade de fato impeça a prática de crimes, ela o faz apenas fora da prisão, e – como se explicará a diante – com graves consequências não apenas para o indivíduo cuja liberdade se priva, mas para os outros que terão contato com ele, além de, também, para a sociedade como um todo. Afora isso, tem excelente desempenho em sua real função, qual seja, a de garantir as relações sociais: o isolamento de determinados indivíduos garante condições fundamentais ao modo de produção capitalista.

Para explicar essa realidade – que vem sendo disfarçada pelo discurso jurídico da pena – inicia-se por uma reflexão do que acontece em estabelecimentos prisionais, em especial os do Brasil e da América Latina. Tendo-se em mente as condições de vida na prisão é hipocrisia crer que a privação de liberdade de um indivíduo o impeça de prejudicar a coletividade novamente.

Ao aprender a (sobre)viver na prisão o cidadão perde (desaprende, deixa de exercitar) os valores, os costumes e as normas que caracterizam a convivência em sociedade – fenômeno que se denomina desculturação – e aprende os valores, as normas e as práticas (os delitos típicos) que regem a (sub)vida na prisão – fenômeno que se denomina de aculturação. Quanto mais tempo na prisão, mais gravosos os efeitos da prisionização que se desencadeiam.

Os efeitos são da mais profunda ordem. Na prisão, o condenado se desintegra da sociedade (perde laços, referências, convivências com família, amigos e companheiros de trabalho). E desintegra-se também,

psíquica e emocionalmente, dele próprio, internalizando uma identidade que a ele foi atribuída, etiquetado como criminoso (*leabeling approach*), na esteira do que se denomina de *self fulfilling prophecy*. Ao se rotular alguém como criminoso, altera-se não apenas a visão que a sociedade tem daquele cidadão como a que ele tem de si.⁸⁴

A sociedade em regra não enxerga um cidadão, com seus direitos e prerrogativas, com as diferenças que os dão identidade e pedem um tratamento diferenciado sim, mas diverso do preconceito automático e da exclusão das possibilidades de emprego com as garantias mínimas merecidas pelos empregados (garantias essas que deles se tentam retirar, a pretexto de salvar a economia do país, de desenvolver uma nação em desenvolvimento, de flexibilizar um direito do trabalho que apenas aparentemente protege o empregado). A sociedade ainda enxerga alguém que podia escolher entre “o caminho do bem e o do mal”, entre “uma vida regrada e a criminalidade”, sem geralmente considerar as condições de vida dos cidadãos que superlotam os estabelecimentos prisionais do país e, ainda, sem considerar a seletividade do direito penal.

A sociedade enxerga alguém que, além de merecer aquele castigo, felizmente fora dela apartado, sem perceber que a ela retornará totalmente desprovido (absolutamente mal-tratado, “des-educado”, não-amado, não-considerado em sua humanidade), reorientado (orientado por novos valores, os da prisão) e, segundo esse raciocínio ultrajante, imerecedor de respeito (embora já tenha, numa lógica retributivista, “pago” o que deveria à sociedade) e de oportunidades de trabalho (portanto, sem chances de recuperar algo que possa da dignidade que lhe é negada).

O indivíduo não se percebe como cidadão (não é tratado pelos outros como cidadão e não trata a si como cidadão). Conforme o *self fulfilling prophecy*, ele interiorizou a etiqueta de “criminoso” que lhe foi aplicada e se comporta como a sociedade espera.

Nesse passo, a reincidência aparece como o que realmente é: produto do sistema, e não apenas do sistema de justiça criminal

⁸⁴ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal, p. 476/481. Ainda: BARATA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal, p. 178/181.

(lei penal, polícia, justiça e prisão) como também a seletividade que se opera pelas pessoas em geral no dia-a-dia.

Tal seletividade se opera a partir de indicadores sociais negativos, tais quais: sexo, cor da pele, idade, escolarização, profissão, vestimentas, vocabulário, lugar que frequenta, foi abordado ou mora⁸⁵. Esses indicadores desencadeiam associações que desembocam na criminalização de quem é identificado por essa espécie de meta-regra⁸⁶, o que pode acontecer tanto consciente (por exemplo na preconceituosa afirmação de que todo nordestino é preguiçoso, malandro, ladrão) quanto inconscientemente.⁸⁷

O caráter seletivo do poder de criminalizar e punir, ao qual se tem feito referência nos parágrafos acima, inicia-se no momento de definir os bens jurídicos que o direito penal deverá proteger ao tipificar condutas. Perceba-se que em regra são bens valiosos e pertencentes às classes sociais abonadas, o que define os comportamentos que serão entendidos como criminosos.

Tais comportamentos visam os cidadãos excluídos, marginalizados, apartados da sociedade pela lógica do modo de produção que a estrutura. No capitalismo, como se sabe, um exército de desempregados é essencial à manutenção do funcionamento do sistema fabril, sendo que a prisão é o local para onde mandam indivíduos que representam perigo ao sistema. Amontoam-se nas prisões os cidadãos que precisam sobreviver mas não tem emprego nem, tampouco, um Estado de Bem-Estar que lhes acolha.

Esses cidadãos, segundo a lógica do sistema, precisam ser socialmente controlados através da relação cárcere / fábrica, de modo tal que não coloquem em perigo a relação força de trabalho / meios de produção. Daí fazer sentido a criminalização prévia da maioria dos seus comportamentos.

Mas a seletividade⁸⁸ não se encerra aí: acontece em vários momentos, por parte de diversos indivíduos e instituições. Aqui se destaca a

⁸⁵ BARATA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal, p. 177/8.

⁸⁶ Entende-se por meta-regras, os mecanismos psíquicos, de natureza emocional, relativos a estereótipos, preconceitos, idiossincrasias e outras deformações ideológicas do operador do direito, determinantes à criminalização social. (CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal, p. 479).

⁸⁷ Veja-se o excelente trabalho: MORAIS DA ROSA, Alexandre. Decisão Penal, *passim*.

⁸⁸ BARATA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal, p. 175/7.

seletividade ferrenha por parte dos agentes do sistema de justiça criminal no momento de decidir quais cidadãos terão seus comportamentos avaliados em relação ao que se convencionou como criminoso. Nesse instante entram em cena as meta-regras, regras que estão para além das legisladas, que se inscrevem na *psique* dos agentes do sistema de justiça criminal.

Com base no exposto fica evidente (i) a realidade do crime como realidade social constituída pelo sistema de controle social; (ii) a criminalização como bem social negativo desigualmente distribuído segundo a posição social do autor; (iii) o sistema de justiça criminal como instituição ativa na transformação do cidadão em criminoso.⁸⁹

Já no que tange à *prevenção especial positiva*, o intento de correção do indivíduo através de práticas de reinserção social de prevenção especial positiva é um inegável fracasso histórico.

O objetivo de reeducar o indivíduo faz vistas grossas aos malefícios causados pela instituição prisional e à ação seletiva do sistema de justiça criminal e, em regra, das pessoas em geral.

Embora reconhecido o fracasso histórico do propósito corretivo prisional, repropõe-se reiteradamente o mesmo projeto, em um mecanismo que FOUCAULT denominara de *isoformismo reformista*.⁹⁰ Ou seja, em seus estudos, FOUCAULT deixou claro que as reformas penas traziam em seu bojo as mesmas propostas corretivas de outrora, reformas retóricas para acalmar a opinião pública e manter a estrutura inalterada.

Quando se fala do isoformismo reformista inerente à prevenção especial positiva é preciso ter em mente o momento de aplicação da pena, no qual colidem o discurso do processo legal devido e a realidade do exercício seletivo do poder de criminalizar e punir (exposto parágrafos acima ao se tratar da prevenção especial negativa por travar com ela também importantíssima relação).

Fazem-se igualmente pertinentes aqui, na crítica à prevenção especial positiva, as considerações supra-tecidas sobre os

⁸⁹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*, p. 479.

⁹⁰ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir, passim*.

malefícios e as consequências do fenômeno da prisionalização, e os corolários processos de desculturação, aculturação, etiquetamento (*leabeling approach*) e assunção do rótulo criminoso (*self fulfilling prophecy*) por parte do cidadão criminalizado.

É imprescindível ter-se sempre em mente que a criminalidade não passa de um fenômeno de criminalização, ou seja, da atribuição do adjetivo “criminoso” a certas pessoas e comportamentos definidos como tais. Há uma predefinição do que se entende por comportamento desviante. Ou seja, não se trata de uma característica a priori de determinados indivíduos.⁹¹

Com CIRINO DOS SANTOS, a função declarada de correção do condenado é um fracasso histórico porque a função real de controle seletivo da criminalidade e de garantia das relações sociais desiguais (fundadas na relação capital/trabalho assalariado) teve incontestável êxito histórico (com FOUCAULT)⁹².

Aquilo que se entende por crime e aquele que vai rotulado como criminoso são, portanto, construções sociais.

Seção 3 - A prevenção geral como afirmação da ideologia dominante

A idéia de que a intimidação de criminosos potenciais se faria pela ameaça penal, pela qual o Estado esperaria desestimular a prática de crimes pela ameaça da pena (FEUERBACH, teoria da coação psicológica, como estudado na primeira seção do segundo capítulo da segunda parte) constitui o centro da *prevenção geral negativa*.

Hodiernamente, difunde-se maciçamente a idéia de que leis penais severas ao extremo, com elevadíssima previsão de penas (especialmente as privativas de liberdade), de restritas ou inexistentes possibilidades (i) de progressão de regime e (ii) de aplicação de garantias

⁹¹ BARATA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal, p. 104/114.

⁹² CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal, p. 481. Ainda: BARATA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal, p. 166/7.

processuais penais, o resultado seria uma sociedade melhor, menos violenta, menos problemática.

A proposta de leis penais severas ao extremo para que se coíba a violência criminal refere-se tanto (i) à escolha dos comportamentos que serão criminalizados (qual o critério para se determinar os bens jurídicos mais caros à sociedade, quais os que merecem proteção penal?; por que não utilizar outros mecanismos de outros ramos do próprio direito ou também a ele alternativos?) quanto (ii) ao “público alvo” que se deseja atingir (apenas um exemplo: os projetos de lei que propõem a redução da maioria penal acabariam por atingir adolescentes, pré-adolescentes e, eventualmente, até crianças).

A prevenção geral negativa, que se faria pela ameaça contida na pena criminal em abstrato prevista em lei, poderia ter efeito em crimes de reflexão, típicos de um direito penal simbólico, mas não nos crimes impulsivos, da criminalidade comum do direito penal instrumental (independentemente da intensidade de pena prevista), sobre os quais recai a ação seletiva do sistema de justiça criminal. Mesmo naquele caso, sua eficácia depende da função de neutralização da prevenção especial negativa, que concretiza a função de retribuição equivalente, demonstrando-se aspectos diferentes do mesmo fenômeno, na medida em que não se pode pensar em intimidação destituída de concretas aplicações e execuções da pena criminal.⁹³

Tomando-se os crimes de reflexão, há ainda a incontestável evidência de que a previsão de pena criminal preveniria de fato a criminalidade se os seres humanos fossem totalmente orientados pela razão (WELZEL⁹⁴ e FREUD⁹⁵).

Importante ressaltar, ainda, as cifras negras do direito penal como demonstração de que a regra é a não punição, o que implicaria dizer que a previsão da pena em abstrato e sua execução concreta não intimidam criminosos em potencial. O que se tem registrado oficialmente sobre

⁹³ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal, p. 481/2.

⁹⁴ WELZEL, Hans. Derecho Penal Aleman, p. 331.

⁹⁵ Veja-se o excelente trabalho, no que tange ao inconsciente segundo Freud, especialmente o primeiro capítulo: MORAIS DA ROSA, Alexandre. Decisão Penal, p. 1/33.

índices de criminalidade não corresponde à realidade, de modo que a pretensa intimidação não convence também nesse aspecto.⁹⁶

Outros graves problemas decorrem do fato de que, na prevenção geral negativa, a culpabilidade não se fazer necessária (na medida em que o que quantifica a pena criminal é a necessidade de intimidação social, que varia infinitamente). Assim, a quantidade de pena será proporcional à necessidade de intimidação, não à responsabilidade individual do agente pelo crime que cometera. Parece evidente que a inexistência de um critério que coloque limite na pena criminal acabe por instaurar um direito penal marcado pelo terror.⁹⁷

Essa lógica explica a prática cada vez mais freqüente e intensa de um direito penal que recorre à pretensa capacidade de intimidação da pena criminal para dar alguma resposta à insegurança que se dissemina pelas sociedades. O efeito eleitoreiro desse tipo de ação simbólica é bastante conhecido e utilizado. Ele circula massivamente por meios de comunicação sensacionalistas. Políticas de tolerância zero costumam ser glorificadas por uma série de pessoas que são vítimas de um discurso ideológico (ou que o propagam com consciência) segundo o qual um direito penal mais ofensivo (na previsão abstrata de comportamentos puníveis e na medida da punição) teria o efeito de resolver o problema da criminalidade quando, a rigor, tal discurso não passa de um paliativo para a insegurança que se dissemina.⁹⁸

É preciso ter sempre em mente o princípio da *ultima ratio* do direito penal, ou seja, a idéia de que o direito penal é o último instrumento ao qual o Estado deve recorrer para resguardar bens jurídicos. Criar novos tipos penais ou intensificar as penas ou a execução penal como primeira solução para conflitos sociais, prescindindo outros inúmeros instrumentos (jurídicos ou não) é uma ofensa gravíssima ao Estado Democrático de Direito⁹⁹.

⁹⁶ ANDRADE, Vera Regina Pereira. A ilusão de segurança jurídica, p. 261/3. BARATA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal, p. 101/4.

⁹⁷ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal, p. 461. MORAIS DA ROSA, Alexandre. Decisão Penal, p. 230/2.

⁹⁸ MORAIS DA ROSA, Alexandre. Decisão Penal, p.228/230.

⁹⁹ MORAIS DA ROSA, Alexandre. Decisão Penal, p. 232/6.

É preciso insistir: a ameaça da pena é incapaz de dar conta da criminalidade pela prevenção geral negativa porque não interfere através das políticas sociais de base referidas no início deste trabalho.

Quanto à função declarada da *prevenção geral* como finalidade da pena criminal, tem por objetivo evitar crimes futuros por parte de criminosos em potencial. No que tange à *prevenção geral positiva*, a finalidade da pena criminal seria manter ou reforçar a confiança da sociedade na ordem jurídica.

Como estudado na segunda seção do segundo capítulo da segunda parte deste trabalho, há duas posições diferentes pelas quais se manifestam hoje a prevenção geral positiva. ROXIN lidera os autores que a propõem desde uma perspectiva liberal, na medida em que entende que o crime lesa bens jurídicos eleitos constitucionalmente, sendo que a pena criminal aplicada tem por objetivo tais bens jurídicos.¹⁰⁰

JAKOBS, por sua vez, lidera os autores que a propõem desde uma perspectiva autoritária, na medida em que entende que há crime quando se viola a norma, seja qual for seu conteúdo, seja qual for o objeto que protege penalmente, não necessariamente os bens jurídicos valiosos para a sociedade como um todo mas simplesmente valiosos para o poder que institui a norma.¹⁰¹

Perante a diferença dessas posições, vale aqui tecer algumas considerações críticas que se direcionam especialmente à modalidade preventivo-especial proposta por JAKOBS, colocando-se em evidência sua relação com o direito penal simbólico.

O direito penal simbólico é aquele cuja penalização de *situações problemáticas* (como as que se tem na economia, no meio-ambiente, no trânsito de veículos, no consumo de bens e serviços - sendo que muitas delas não se referem a bens jurídicos efetivamente afetados mas ao risco de

¹⁰⁰ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal, p. 482.

¹⁰¹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal, p. 482/3. ANDRADE, Vera Regina Pereira. A ilusão de segurança jurídica, p. 292/3.

serem, ao perigo abstrato) não significa a solução social do problema mas, ao contrário, mera solução penal para efeito de satisfação retórica da opinião pública.¹⁰²

Não obstante, a solução retórica que propõe tem efeito invertido (ou seja, real, não simbólico) porque legitima o direito penal como programa que se diz igual para todos quando, na realidade, faz um controle social profundamente desigual.¹⁰³ Isso acontece através da criminalização seletiva da força de trabalho marginalizada pelo mercado, que se encontra sem função na reprodução do capital.¹⁰⁴

A prevenção geral positiva interessa ao Direito Penal simbólico, na medida em que se coloca como instrumento de legitimação do poder punitivo, ou seja, como solução para o problema da criminalidade dentro de uma lógica eficientista, típica do neoliberalismo.¹⁰⁵ Difunde-se maciçamente a idéia de que, ao existir e se fazer valer a norma penal, especialmente com penas privativas de liberdade de longa duração, sem prorrogação de regime, com direitos processuais penais restritos e até, em certos casos, inexistentes, o resultado seria uma sociedade melhor, na medida em que a execução penal prevista da norma violada faria com que os membros da coletividade não perdessem seu respeito pelo sistema jurídico-penal (seja por conta da proteção de valores sociais fundamentais, seja pela afirmação da validade da norma em si através da pena criminal).

A adesão a esse tão repetido discurso é fácil e cômoda para a população e perigosa para a democracia, tendo-se em mente os modelos de insegurança e medo da pós-modernidade e o desespero

¹⁰² CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal, p. 483.

¹⁰³ BARATA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal, p. 101/115; p. 164/166.

¹⁰⁴ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal, p. 485. ANDRADE, Vera Regina Pereira. A ilusão de segurança jurídica, p.237/255.

¹⁰⁵ Com BAUMUN, a solidariedade é a vítima primeira do neoliberalismo. O mercado dissolve os laços de sociabilidade e reciprocidade; solapa a natureza da obrigação social. A permanente ameaça de ficar desempregado gera incerteza, já que significa a perda da subsistência, dos títulos sociais, do lugar na sociedade e da dignidade humana que os acompanha. (BAUMAN, Zygmunt. Em busca da política, p. 37.). Com MIRANDA COUTINHO, o neoliberalismo marca um cambio epistemológico pelo qual o paradigma dos fins é substituído pelo dos meios, onde o ser humano é instrumento do mercado. (MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Direito e Neoliberalismo, *passim*).

desinstruído da sociedade em geral¹⁰⁶. Vende-se a idéia de que a sensação de insegurança da atualidade (causada pela imposição do modelo de estado neoliberal) seria solucionada através da criminalização de condutas relacionadas à economia, ao meio-ambiente, à genética, aos tributos, ao consumidor, ao trânsito, as chamadas *situações sociais problemáticas*.

Desse modo se estaria direcionando o direito penal de forma isonômica em relação aos indivíduos sem distinções relativas às classes sociais às quais pertençam. A rigor o que acontece é que, ao criminalizar tais situações sociais problemáticas, acaba-se por desviar a atenção das políticas criminais capazes de atuar na raiz do problema, qual seja, o privilégio de poucos que denuncia a gigantesca desigualdade social em relação à maioria da população.

Esse desvio se dá através de soluções penais simbólicas, ou seja, da criação de símbolos no senso-comum imaginário, símbolos esses pelos quais a penalização daquelas situações problemáticas parece significar para o imaginário popular (mesmo não significando), a solução real do problema. Por essa simbologia o que se consegue é satisfazer, retoricamente, a opinião pública: ao criminalizar também as *situações problemáticas* se fariam legítimas, por conseqüência, a criminalização infinita (que parece não acabar nem ter limites¹⁰⁷) e a repressão seletiva contra os cidadãos que foram colocados à margem da sociedade.¹⁰⁸

A prevenção geral positiva legítima, ainda, o poder político do Estado, o que acontece graças à implantação e à difusão da luta contra o crime (em especial os relacionados às drogas e ao terrorismo) – dito como o grande inimigo social e causador de todo medo e insegurança – através de

¹⁰⁶ Com BAUMAN, está se transferindo a ansiedade da insegurança e instabilidade globais, suas verdadeiras causas, ao campo da segurança privada (pois ameaças reais ou imaginárias à segurança têm a vantagem de ser concretas e derrotáveis). Os governos podem eliminar parte da ansiedade com promessas e práticas (contra estranhos, estrangeiros, diferentes, minorias) que se fazem eleitoralmente lucrativas ao resumir a problemática à questão da lei e da ordem, o que solapa a própria noção de comportamento desviante. Há uma tendência geral de se deslocar todas as questões públicas para o direito penal e a criminalizar os problemas sociais ditos capazes de afetar a segurança da pessoa, do corpo ou da propriedade. (BAUMAN, Zygmunt. *Em busca da política*, p. 56; 58/9). Ainda: MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Decisão Penal*, p. 230/2.

¹⁰⁷ CARVALHO, Salo. *Penas e garantias*, p. 81/4.

¹⁰⁸ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*, p. 482/5.

mais e mais intervenção estatal no âmbito da liberdade individual dos cidadãos, cujas garantias penais e processuais penais vão se extinguindo com a desculpa de se dar meios à polícia, ao Ministério Público, aos magistrados, enfim, aos agentes do sistema de justiça criminal, de combaterem a criminalidade.¹⁰⁹

A massiva difusão de tal discurso ideológico garante votos aos políticos, cuja conduta tem direta relação com as legislações e as políticas que possibilitam tamanho autoritarismo nesse tipo de intervenção estatal sobre a liberdade individual dos cidadãos.¹¹⁰ Manipulam-se as inseguranças e os medos criados pelo neoliberalismo de modo tal que a população se coloque a favor de “políticas criminais” que, a rigor, alimentam o modelo neoliberal¹¹¹.

Noutras palavras, a prevenção geral positiva como principal discurso ideológico no âmbito das teorias jurídicas da pena se coloca como consequência do sistema de produção capitalista neoliberal¹¹². Para além do exército de reserva (os desempregados) que são condição à manutenção do modo de produção capitalista, o volátil megacapital internacional da contemporaneidade impõe e continua a impor uma cultura de extermínio.

Equivale dizer: para além de se colocar na prisão os “vagabundos, badeirneiros, pedintes, andarilhos” – seres humanos dignos que são condenados pela sociedade em geral sob a desculpa retórica de que não seriam suficientemente competentes para conseguir um emprego – ou impedir que freqüentem ou permaneçam em determinados locais, hoje se vêem práticas de extermínio dessas pessoas, tendo-se em mente que o atual estado de desenvolvimento do capitalismo, além do fato de as prisões encontrarem-se superlotadas, pede um remanejamento dos seres humanos excluídos, remanejamento esse que impõe a limpeza das ruas a qualquer custo, inclusive em detrimento de vidas humanas.¹¹³

¹⁰⁹ MORAIS DA ROSA, Alexandre. Decisão Penal, p. 247/253.

¹¹⁰ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal, p. 482/5. Ainda: BAUMAN, Zygmunt. Em busca da política, p. 58/9

¹¹¹ BAUMAN, Zygmunt. Medo líquido, *passim*.

¹¹² BAUMAN, Zygmunt. Globalização: as consequências humanas, *passim*.

¹¹³ Anotações desta acadêmica da aula proferida pela Professora Doutora Vera Regina Pereira de Andrade, Curitiba, ICPC, 16 e 17 de novembro de 2007. MORAIS DA ROSA, Alexandre. Decisão Penal, p. 211/8.

É preciso ressaltar que essas vidas são *severinas*, são formas de subvidas, marcadas por doenças, subnutrição e miséria (afetiva, material, educacional, etc) crônica. Deixar ao léu esses seres humanos ou não lhes conferir condições dignas de vida são violências não divulgadas, nomeadas ou rotuladas como crime. Tratam-se de formas de extermínio que acontecem todos os dias e são mascaradas pela violência, em regra patrimonial, que se difunde na mídia. Ao seu lado estão outras formas de violências, dentre elas as mortes praticadas não apenas por policiais e membros do que hoje se chama de empresas de segurança privada como também por jovens e adultos das classes sociais mais abastadas.¹¹⁴

O discurso da prevenção geral positiva tem por função ideológica legitimar um direito penal que justifica uma ordem social injusta, seletiva, criminalizadora, intolerante, desigual, opressiva, fundada na separação entre a força de trabalho e os meios de produção.¹¹⁵

Ora, JAKOBS defende um Direito Penal no qual as garantias liberais que limitam o poder são ignoradas: se se trata de estabilizar expectativas sociais, a pena necessária para tanto é variável e ilimitada, condicionada apenas pelo apelo midiático que se fizer na cobertura do caso. Tal modelo se propõe a estabilizar um sistema jurídico sem aferir sua legitimidade substancial; ignora as garantias liberais que limitam o poder; inviabiliza o direito penal mínimo e limitado.

Com CIRINO DOS SANTOS, se a não punição do criminoso diminui a confiança no direito e a punição aumenta, o propósito desse direito penal seria satisfazer os impulsos punitivos da população, propósitos esses que remetem a barbárie primitiva.¹¹⁶

É preciso ter em mente que o crime é criado pelo sistema de justiça criminal e que, em modelos que se pretendem justificar pela prevenção geral positiva estão ausentes os limites mínimos ao aparato punitivo do Estado, em prejuízo não apenas para os mais vulneráveis como também

¹¹⁴ Anotações desta acadêmica da aula proferida pela Professora Doutora Vera Regina Pereira de Andrade, Curitiba, ICPC, 16 e 17 de novembro de 2007.

¹¹⁵ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal, p. 483/6. Ainda: BARATA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal, p. 164/7.

¹¹⁶ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal, p. 483.

para os que se entendem imunes ao sistema por conta de posições sociais privilegiadas.

Quando tudo pode ser tipificado como crime e quando o objetivo é satisfazer a norma, a culpabilidade é aferida por critérios volúveis de conveniência.

Seção 4 - As teorias unificadas como integração das funções manifestas ou declaradas da pena criminal

Como estudado no terceiro capítulo da segunda parte deste trabalho, as teorias unificadas da pena reúnem as funções de retribuição, prevenção geral e prevenção especial da pena criminal com o objetivo de superar as deficiências específicas de cada uma delas, vistas isoladamente.

Entretanto, a união que se propõe a extirpar as partes débeis de cada teoria acaba por somar os defeitos de cada uma delas. É impossível harmonizá-las pois têm finalidades e fundamentos incompatíveis.¹¹⁷

Por conta disso as teorias unificadas poderiam ser de pouca importância mas, ao passo que são as mais utilizadas na contemporaneidade, tanto no que se refere às leis penais quanto às doutrinas e jurisprudências, devem ser consideradas com toda a seriedade. Trata-se, aliás, do que adota o Código Penal brasileiro em seu artigo 59, como trabalhado anteriormente.

Já se estudou também (terceiro capítulo da segunda parte) que, a depender do autor que defende uma ou outra versão dentre as versões das teorias unificadas da pena, enfatiza-se alguma das funções declaradas da pena criminal. Enquanto JESCHECK e WEIGEND enfatizam a retribuição, ROXIN enfoca as teorias preventivas.

Como trabalhado nos referidos capítulos anteriores deste trabalho, nenhuma dessas funções declaradas cumpre exatamente o que propõe. Ao contrário, causam danos para a sociedade como um todo e para alguns cidadãos em especial. Tais danos são maquiados pelos discursos

¹¹⁷ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal, p. 486/7.

oficiais que dão conta dos vários fins declarados das penas criminais. As considerações críticas a eles formuladas são válidas também para as teorias unificadas da pena criminal.

CONCLUSÃO

Nenhuma das teorias jurídicas da pena expõe a autêntica finalidade da pena criminal e do direito punitivo do Estado. As funções declaradas da pena criminal fracassam e são de natureza simbólica (não cumprem o que prometem e encobrem as funções que de fato desempenham com grande sucesso). Entretanto, delas decorrem efeitos reais extremamente bem sucedidos.¹¹⁸

Ao explicitar os efeitos reais da pena criminal, tomando-se como marco teórico a criminologia crítica materialista / dialética, tem-se desconstruído o discurso jurídico sobre os fins da pena e posto em evidencia o que ele costuma ocultar.

Retomam-se, nos próximos parágrafos, as conclusões que se foram tecendo ao longo do trabalho para, então, encerrar com a reformulação original da problemática referente às finalidades da pena criminal.

Conclusivamente, sobre a pena criminal como *retribuição equivalente ao crime*, o valor de uso (prevenção especial e geral, declaradamente atribuídas ao valor de troca da pena criminal, troca esta medida pelo tempo de liberdade suprimida do condenado) atribuído à pena criminal, inútil do ponto de vista das funções declaradas do sistema penal, é extremamente útil quanto às funções reais da pena criminal.

Faz-se útil porque a desigualdade social e a opressão de classe do capitalismo é garantida pelo discurso da neutralização / correção individual e da intimidação / reforço da fidelidade jurídica do povo (que garante a separação força de trabalho / meios de produção, cujo modo de produção se funda na contradição capital / trabalho assalariado). Trata-se da forma específica de punição da sociedade capitalista e deve perdurar enquanto esta subsistir.

Embora de fato a pena criminal signifique retribuição equivalente do crime em sociedades capitalistas, exprime um direito desigual, na medida em que procede seletivamente ao criminalizar cidadãos

¹¹⁸ CIRINO DOS SANTOS, Juez. Direito Penal, p. 487. Ainda: BARATA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal, p. 161/4.

marginalizados do mercado de trabalho através de indicadores sociais negativos, que ativam estereótipos cuja repercussão no operador do direito exclui ou reduz a função de critério de racionalidade atribuído à dogmática penal.¹¹⁹

Vale ressaltar uma comparação preciosa entre as funções declaradas e reais da pena criminal, tendo como parâmetro sua relação com a retribuição equivalente, em especial. Nesse sentido, é preciso avaliar desde duas perspectivas a questão. Por um lado, a pena criminal realiza a função fundamental de retribuição equivalente da sociedade burguesa através da prevenção especial negativa, de neutralização de condenados reais, e, eventualmente, através da função complementar de intimidação de autores potenciais, na prevenção geral negativa.

Por outro lado, a função de prevenção especial positiva, de correção individual através da execução penal e a função de prevenção geral positiva, de afirmação de validade da norma, constituem discurso oficial encobridor das funções reais da pena criminal, que garantem a desigualdade e a opressão social da separação forçada de trabalho / meios de produção, instituinte e reprodutora das relações sociais, desiguais e opressivas.¹²⁰

Sobre a *prevenção especial negativa*, embora a privação de liberdade, de fato, impeça a prática de crimes fora da prisão, ela é garantidora das relações sociais. A neutralização do ser humano pelo encarceramento prisional provoca sua desculturação e aculturação, além de contribuir para a criminalidade por conta da relação de incentivo à reincidência que dela decorre (nos termos do etiquetamento social que recebe e que acaba por assumir e internalizar), de modo a exercer a evidente função real de controle social.

¹¹⁹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal, p. 489. Ainda: BARATA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal, p. 164/6. Ainda: BARATA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal, p. 161/7.

¹²⁰ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal, p. 488/9. Ainda: BARATA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal, p. p. 85/99.

Por sua vez, a função declarada pela *prevenção especial positiva* de correção do condenado é um incontestável fracasso histórico, enquanto que a função real de controle seletivo da criminalidade e de garantia das relações sociais desiguais teve incontestável êxito histórico, motivo pelo qual continua sendo utilizada (isoformismo reformista, com Foucault). O que haveria de errado com os indivíduos criminalizados que se pretende “corrigir” não passa de uma construção social direcionada, ou seja, formulada em prejuízo dos excluídos e em favor da manutenção do sistema. Também se utiliza das nefastas conseqüências da prisionalização, conforme estudado.

As funções declaradas da *prevenção geral negativa* e da *prevenção geral positiva* encobrem a função real da pena criminal como garantia da ordem social capitalista, fundada na separação força de trabalho / meios de produção, que institui e reproduz relações sociais desiguais e opressivas.

Sobre a *prevenção geral negativa*, mesmo nos crimes de reflexão, típicos de um Direito Penal simbólico, é empiricamente impossível constatar a capacidade de intimidação que seria ocasionada em criminosos em potencial pela pena como ameaça. A ameaça da pena é incapaz de dar conta da criminalidade pela prevenção geral negativa porque não interfere através das políticas sociais de base referidas no início deste trabalho. O sucesso da prevenção geral negativa está em, com base no sentimento de insegurança da população, legitimar legislações que aumentam sem limite a pena criminal (gerando um verdadeiro estado de terror) e que suprimem ou restringem direitos e garantias do cidadão (o que aumenta o poder do já poderoso aparato estatal e diminui as formas de proteção do simples cidadão individual).

Sobre a *prevenção geral positiva*, o propósito de afirmar / reafirmar a validade da norma jurídica fora desmantelado pela demonstração materialista / dialética, que põe em evidência a correlação existente entre sistema penal e mercado de trabalho. Assim se demonstra que cada modo de produção desenvolve um modelo de punição que favoreça e mantenha as suas relações de produção, o que, no caso do modo de produção capitalista, criminaliza e pune os comportamentos típicos dos que por ele são

marginalizados, de modo a cuidar para que a quantidade certa do exército de reserva se mantenha, em especial graças à relação cárcere/fábrica.¹²¹

Percebe-se, por essa breve retomada crítica e conclusiva das funções declaradas da pena criminal que é de dupla ordem sua real função: há uma função de ordem política (que garante e reproduz a escala social vertical, como função real da ideologia penal) e há também uma função de ordem ideológica (que encobre ou imuniza comportamentos danosos das elites de poder econômico e político, como função ilusória da ideologia penal).¹²²

Com base no exposto, entende-se o Direito Penal como um sistema dinâmico desigual e seletivo em todas as suas funções. Na função de definição de crimes, protege seletivamente bens jurídicos interessantes às classes hegemônicas. Ao aplicar as penas criminais, estigmatiza seletivamente indivíduos excluídos. Ao executar a pena criminal, reprime seletivamente indivíduos socialmente marginalizados do mercado de trabalho.¹²³

Através da disseminação da idéia (a rigor, da ilusão, do mito) de que seria o direito penal quem garantiria segurança à sociedade, inclusive no sentido de que aplicaria a pena criminal de forma racional e igualitária – o que justificaria sua importância e ocultaria suas funções reais – é que o sistema penal se mantém: tal ideologia prevalece não apenas na boca do sistema de justiça criminal (dos operadores do direito em geral) como também compõe o entendimento comum da opinião pública.¹²⁴

Por conta desse discurso ideológico que não se cansa de disseminar é que um trabalho crítico sobre as funções da pena não se faz repetitivo e, tampouco, superado. É preciso estudar o discurso oficial – cujas versões que se dizem inovadoras não raro se limitam a dizer com outras

¹²¹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal, p. 488. Ainda: BARATA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal, p. 41/8.

¹²² CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal, p. 487.

¹²³ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal, p. 487. Ainda: BARATA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal, p. 164/6.

¹²⁴ ANDRADE, Vera Regina Pereira. A ilusão de segurança jurídica, p. 276/282.

palavras o que já se disse, embora costumem intensificar as consequências prejudiciais aos direitos e garantias do cidadão – com profundidade e seriedade. O estudo crítico e constante do discurso oficial das finalidades da pena criminal permite que se avalie com critério – de base democrática, libertária e criminológico-crítica de matriz dialética / materialista – as propostas que vêm à lume.¹²⁵

Com base nesse tipo de avaliação, criteriosa e fundamentada, é dever do estudioso (i) resistir às políticas criminais e dogmáticas jurídicas¹²⁶ que se mostrarem instrumentos de opressão social (percebida pelo estudo crítico das políticas criminais que não passam de políticas punitivas a um direito penal máximo, simbólico e abusivo, com fundamento em modelos criminológicos que não concebem o crime como criminalização, ou que deixam de explicar a relação entre a criminalização e a manutenção da estrutura social) e (ii) incentivar e aderir àquelas que defendem a liberdade individual do cidadão em detrimento do poder estatal de nela *intervir* (percebidas pelo estudo que relaciona políticas sócias de base com ao modelo de direito penal mínimo e aos estudos da criminologia crítica materialista / dialética).

Na medida em que a referida intervenção se faz seletiva, sempre de acordo com o modo de produção que lhe sobredetermina, a avaliação crítica, assumida e responsável das criminologias, dos direitos e das políticas criminais concebíveis e factíveis, por parte do estudioso que opera o direito, é capaz de atuar em favor ou contra à libertação e ao tratamento digno do ser humano.¹²⁷ Atuar pela libertação ou pela opressão da dignidade humana é uma opção à disposição de cada operador do direito.

Ao optar, o operador demonstra (a) se respeita e faz valer os valores constitucionais, (b) os modelos de direito penal, política criminal e criminologia que lhes correspondem e aos quais adere e (c) se assume a responsabilidade por suas opções.

¹²⁵ CARVALHO, Salo. Penas e garantias, p. 100/6.

¹²⁶ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal, p. 489/490. Ainda: BARATA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal, p. 197/208.

¹²⁷ CARVALHO, Salo. Penas e garantias, p. 95/97.

Referências Bibliográficas

ANDRADE, Vera Regina Pereira. A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2. ed., 2003.

ARAGÃO, Antonio Moniz Sodré. As três escolas penais: clássica, antropológica e crítica (estudo comparativo). 4. ed., Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1938.

BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e crítica do direito penal: uma introdução à sociologia do direito penal. 3.ed., Rio de Janeiro: Revan: 2002.

BAUMAN, Zygmunt. Em busca da política. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000.

_____. Globalização: as consequências humanas. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1999.

_____. Medo líquido. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Jorge Zahar Ed., 2008.

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Trad. Torreri Guimarães. São Paulo: Hemus, 1983.

BELING, Ernst Von. Esquema de derecho penal: la doutrina del delito-tipo. Buenos Aires: Editorial Depalma: 1944.

BERGALI, Roberto. Criminología en América Latina: cambio social, normatividad y comportamientos desviados. Buenos Aires: Ediciones Pannedille, 1972.

BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. Introdução ao Direito Penal: fundamentos para um sistema penal democrático. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

CARVALHO, Salo. Penas e garantias. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris editora, 2003.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. A Criminologia Radical. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2006.

_____. Direito Penal: parte geral. 2.ed. rev e amp. Curitiba: ICPC / Lumen Juris, 2007.

DIMOULIS, Dimitri. Introdução ao estudo do direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

FOCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão. 14, ed. Petrópolis: Vozes, 1996.

HASSEMER, Winfried. Introdução aos fundamentos do direito penal. Tradução da 2ª. Edição alemã, revista e ampliada, de Pablo Rodrigo Alfen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

_____. Três temas de direito penal. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993.

HEGEL, Georg Wilhelm Fridrich. Princípios da Filosofia do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

JAKOBS, Günther. Derecho penal: parte general. 2. ed. Tradução de Joaquim Cuello Contreras y Jose Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. Tratado de Derecho Penal Parte General. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed., Granada: Comares Editorial, 2002.

KANT, Immanuel. Doutrina do direito. Tradução Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993.

KARAM, Maria Lúcia. De crimes, penas e fantasias. 2. ed., Niterói: Luan Editora, 1993.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Uma introdução à história social e política do processo. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Coord.). Fundamentos de história do direito. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

MARX, Karl. A ideologia alemã. Tradução Frank Müller. São Paulo: Martin Claret, 2004.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. Carcel y fábrica: los orígenes Del sistema do sistema penitenciario. (siglo XVI-XIX). Tradução de Xavier Massi. México: Siglo Veintiuno, 1987.

MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal: parte general. 3. ed., Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1990.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Jurisdição, Psicanálise, e o Mundo Neoliberal. In: Direito e Neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar. Curitiba: EDIBEJ, 1996.

MOLINA, Antonio García-Pablos. Criminología: una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas. 2. ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 1994.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. Decisão Penal: a bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Direito Penal e controle social. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PASUKANIS, Eugeny Bronislavovic. A teoria geral do direito e o marxismo. Tradução de Soveral Martins. Coimbra: Perspectiva Jurídica, 1972.

QUEIROZ, Paulo de Souza. Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

ROXIN, Claus. Derecho Penal Parte General, Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoria Del Delito. Traducción de Diego-M. Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; y Javier de Vicente Remesal, Madrid: Civitas, 2003.

_____. Problemas fundamentais de direito penal. 3. ed., Lisboa: Editora Veja, 1998.

SABADELL, Ana Lúcia. Manual de sociologia jurídica: introdução a uma leitura externa do Direito. 2. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Evandro Lins e. De Beccaria a Filippo Gramatica, in Sistema Penal para o Terceiro Milênio. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

WELZEL, Hans. Derecho Penal Aleman. 11. ed. Tradução de Juan Bustos Ramírez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1970.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. Direito penal brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

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