

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
FACULDADE DE DIREITO
INSTITUTO DE CRIMINOLOGIA E POLÍTICA CRIMINAL

CONSIDERAÇÕES SOBRE AS FINALIDADES DO SISTEMA PUNITIVO

CURITIBA

2008

CARLOS AUGUSTO BOHMANN JUNIOR

CONSIDERAÇÕES SOBRE AS FINALIDADES DO SISTEMA PUNITIVO

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de especialista em Direito Penal e Criminologia, no curso de pós-graduação do Instituto de Criminologia e Política Criminal – Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos.

CURITIBA

2008

À minha esposa Karina e ao meu filho Felipe, com amor.

SUMÁRIO

RESUMO	iv
INTRODUÇÃO	05
CAPITULO I - Histórico do sistema punitivo	10
A pena na Antigüidade e Idade Média.....	10
A pena na Idade Moderna.....	16
CAPÍTULO II – Direito e Controle Social	22
CAPÍTULO III - Teoria Jurídica da Pena	30
Teorias preventivas da Pena, ou Teorias Relativas.....	32
Teoria da prevenção especial.....	35
Teoria da Prevenção Geral.....	40
Teoria Retributiva da Pena.....	43
Teorias Mistas ou unificadas da Pena.....	44
Teoria Agnóstica da Pena.....	48
A Teoria da Retribuição Equivalente.....	49
CONCLUSÃO	52
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	54

RESUMO

A presente monografia, objetiva à análise do sistema punitivo através da história, estudando as principais teorias jurídicas da pena, perfazendo um estudo crítico do sistema de punição na atualidade, o qual não atende, decerto, os fins que se propõe realizar. Inicia-se o trabalho com o histórico atroz da pena, simbolizado pela aplicação de sanções sem quaisquer preocupações com critérios delimitadores, tais como o da proporcionalidade, além de não atender a nenhum anseio democrático ou humanístico. Foca-se, após, o estudo nas lições de BECCARIA, o qual se apresenta como verdadeiro marco nas transformações que resultaram em progresso na ciência penal, precipuamente no que se refere à execução da pena. Em seguida, procede-se o estudo das teorias da pena, dirigindo-se maior enfoque à crítica das teorias tradicionais efetuada por BARATTA, e apresentando a contra-proposta de estudo da pena pela visão da criminologia crítica, com o estudo da Teoria Retributiva Equivalente, baseada no estudo de PASUKANIS.

INTRODUÇÃO

O Estado, e sua noção, variam conforme a dinâmica social de determinado contexto histórico, e, por isso, sofre mutação através do tempo, em decorrência do constante desejo do homem em modificar a organização social e política reinante em sua época. Assim, não há como se comparar o Estado antigo, o Estado medieval, o Estado que se organizou sob a influência das idéias da Revolução Francesa, pois diferentes entre si e em comparação ao Estado Contemporâneo. Todavia, apesar de todas as vicissitudes e alterações na dinâmica do poder observadas através da História, observa-se um ponto constante e imutável, qual seja, o Estado somente sobrevive mediante a instauração de instituições de controle social, ou seja, de mecanismos de proteção do Estado em oposição à população sobre seu controle.

Destas instituições, desde os tempos mais remotos, observa-se a presença constante de quatro estruturas de destaque. A primeira, e a mais impactante na vida das pessoas é a família. Através dela, desde a infância, o homem aprende como deve e como não deve agir, atendendo às regras que ditam a convivência social.

A outra, de ordem religiosa, ou que trata dos assuntos ligados à crença em divindades, a qual, utilizando-se de toda uma ritualística, bem como a institucionalização de um determinado dogma, controla determinado número de pessoas sob a promessa de que mediante a submissão aos seus

preceitos, com a prática de uma vida de obediência a estes comandos, acarretará na obtenção de determinado “prêmio” em outra existência.

Já as forças armadas, possuía e possui duas finalidades precípua. A primeira, possibilitar ao poder governante a obtenção de novos territórios mediante conquistas militares ou a salva-guarda do território nacional de ameaças estrangeiras. A segunda, a defesa do poder dominante contra possíveis rebeliões e revoltas de seu próprio povo.

Por fim, temos o que se nomina “Direito”, com a instituição de um grupo de pessoas responsável pela elaboração das leis (assembléias, senados, etc.); outra que procede a aplicação destas leis (corpo de juizes); e por fim, outra destinada ao cumprimento das determinações conjuntas das leis e do corpo de juizes, executando-as (polícia judiciária e organização de execução penal).

Em assim sendo, visando sua auto-sobrevivência, o Estado estabelece padrões de conduta (denominados Leis), valorando determinadas ações mediante a imposição de regras. Essas regras justificam-se em sua maioria, no discurso do poder estatal, pois, sem elas, tornar-se-ia impossível a convivência em sociedade. Ocorre que, em verdade, o Estado utiliza-se das leis, e, em especial das leis penais, objetivando, tão só, a manutenção do *status quo* vigente resumido na seguinte lógica: É inadmissível para qualquer poder dominante a contestação de seu poder e autoridade oriunda da população governada, razão pela qual se mantém todo um sistema de persecução penal objetivando amedrontar qualquer que tencione romper com o sistema dominante. Em outros termos, para o poder dominante,

qualquer afronta a um dos seus comandos institucionalizados (leis) afigura-se uma afronta ao próprio poder dominante, ou seja, uma ameaça a ordem política estabelecida, impondo-se, portanto, o acionamento da máquina de persecução penal objetivando não a ressocialização dos criminosos ou mesmo a prevenção do cometimento de novos crimes, mas sim a demonstração para toda a coletividade do poder e autoridade do governante.

Nota-se, portanto, que o Direito Penal constitui-se na mais drástica forma de controle social, ou de apaziguamento social, sempre com o objetivo de garantir a manutenção do poder no grupo que a controla.

De fato, pela observação histórica, nota-se que em todas as civilizações apresentaram, como característica constante e imutável, a exigência de uma só contraprestação do Estado em troca da submissão ao poder dominante (leia-se pagamento de impostos e submissão às leis), qual seja, a segurança para a vida privada, bem como para a realização de atos de indústria e comércio. Os povos, em geral, aceitavam sem contestação o abandono do poder dominante em questões de alimentação, moradia, saúde e educação, condições que cabiam a cada qual atingir conforme suas capacidades e possibilidades. Todavia, o poder dominante, para ser bem querido pelos seus subordinados, deveria garantir a segura circulação de bens de consumo e da força de trabalho.

A definição dos *objetivos reais* do Direito Penal permite compreender o significado político desse setor do ordenamento jurídico, como centro da estratégia de controle social nas sociedades contemporâneas. Nas formações sociais capitalistas, estruturadas em classes sociais antagônicas diferenciadas pela posição respectivas nas relações de *produção* e de *circulação* da vida material, em

que os indivíduos se relacionam como proprietários de capital ou como possuidores de força de trabalho - ou seja, na posição de capitalistas ou na posição de assalariados -, todos os fenômenos sociais da base econômica e das instituições de controle jurídico e político do Estado devem ser estudados na perspectiva dessas classes sociais fundamentais e da luta de classes correspondente, em que se manifestam as contradições e os antagonismos políticos que determinam ou condicionam o desenvolvimento da vida social.¹

De fato, há razão para afirmar a subsidiariedade do Direito Penal como forma de controle social, eis que evidentemente este atua de forma fragmentada ao criminalizar tão só as condutas que não foram reprimidas pelos outros meios de controle social. A uma, porque o Estado, ao se revelar demasiado déspota, gera na coletividade o sentimento de revolta que busca justamente reprimir com as instituições de controle social. A duas, porque lhe seria impossível criminalizar todas as condutas contrárias aos seus interesses. Em assim sendo, define o poder dominante quais bens são imprescindíveis de proteção do Estado para a manutenção de sua autoridade, inserindo-os no campo de atuação do Direito Penal. CIRINO DOS SANTOS, citando BARATTA, expõe a respeito da subsidiariedade e fragmentariedade do Direito Penal, *verbis*:

Contudo, a proteção de bens jurídicos realizada pelo Direito Penal é de natureza subsidiária e fragmentária – e, por isso, se diz que o Direito Penal protege bens jurídicos apenas em *ultima ratio*: por um lado, proteção *subsidiária* porque supõe a atuação principal de meios de proteção mais efetivos do instrumento sócio-político e jurídico do Estado; por outro lado, proteção *fragmentária* porque não protege todos os bens jurídicos definidos pela Constituição da República e protege apenas parcialmente os bens jurídicos selecionados para proteção penal.²

¹ SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal. Parte Geral**. Curitiba: Lumen Juris – ICPC, 2007. p. 6.

² Idem, p. 5.

Portanto, temos que o objetivo do Direito Penal se define, precipuamente, na segurança jurídica, eis que busca a estabilidade das relações sociais vigentes, com a manutenção do poder no controle de determinado grupo social.

CAPITULO I - Histórico do sistema punitivo

A pena na Antigüidade e Idade Média

A história da pena sempre acompanhou a história do poder estatal. Na realidade, a primeira manifestação de poder estatal se deu quando se procedeu a transferência do período da vingança privada, ou vingança de sangue, para o poder punitivo estatal.

Observa-se que nas civilizações mais primitivas, o Estado, mera expressão do poder reinante e de seus interesses, não possuía o poder coercivo de impor sua vontade aos particulares, afora no que concerne ao recolhimento de impostos, razão pela qual a repressão do crime ocorria, necessariamente, mediante a vingança privada.

Nesta fase da civilização, a noção de crimes e de penas não se encontrava positivada, manifestando-se tão só na ciência coletiva de que determinadas condutas seriam lesivas à coletividade. Ocorrendo um crime, cabia a vítima e/ou a seu grupo social (família, tribo) contrapor tal conduta até a satisfação contra o mal praticado. Nesse sentido a lição de PASUKANIS:

A origem do direito penal está historicamente vinculada ao costume da vingança de sangue. Indubitavelmente, estes dois fenômenos estão genericamente muito próximos. Mas a vingança só é *realmente vingança* quando é seguida de condenação e de pena; igualmente aqui são unicamente os estágios ulteriores do desenvolvimento (como podemos observar muito freqüentemente na história da humanidade) que tornam compreensíveis os esboços contidos nas formas anteriores. Se abordarmos o mesmo problema pela

extremidade oposta, não podemos ver nada mais do que a luta pela existência, uma realidade puramente biológica. Para os teóricos do direito penal que se limitam a uma época mais tardia, a vingança de sangue coincide com o *jus talionis*, ou seja, com o princípio da reparação equivalente que exclui a possibilidade de uma vingança ulterior desde que o ofendido, ou sua família, tenham sido vingados. Em realidade, como M. Kovalevskij justamente demonstrou, a característica mais antiga da vingança de sangue era outra. O ofendido e seus parentes tornavam-se, por sua vez, ofensores, e o ciclo prosseguia de uma geração a outra, freqüentemente até a eliminação completa das famílias inimigas.³

Tal contra-conduta usualmente era perpetrada sem qualquer noção de proporcionalidade, eis que inexistia juiz ou árbitro apto a determinar os limites da punição a ser perpetrada. Isso gerava graves conseqüências aos grupos sociais envolvidos, eis que uma querela que se iniciava geralmente com um fato de somenos importância, resultava geralmente em homicídios, estupros, lesões corporais e destruição de propriedade. Aqui nesta fase inexistia o Direito, utilizando os povos primitivos tão só dos costumes e tradições para uma definição imprecisa de crime.

Contudo, em uma época posterior, quando as práticas religiosas começaram a ser normatizadas em cânones, a vingança privada restou limitada pela idéia de talião. Interessante a noção de que o talião, considerado atualmente como um instrumento bárbaro para a resolução de crimes, no contexto histórico da Antigüidade, resultou em um enorme avanço em relação às práticas anteriormente perpetradas para a punição de infrações. Isso por que o talião caracterizou-se como instrumento moderador da pena, aparecendo, pela primeira vez, a noção de proporcionalidade entre o crime e a sanção aplicada. Nesse contexto verifica-se o Código de

³ PASUKANIS. E. B. **A teoria Geral do Direito e o Marxismo**. Rio de Janeiro: Renovar. 1989. p. 145.

Hamurabi (cerca de 1700, a.C.), a Torah, bem como a Lei das XII Tábuas, *verbis*:

“196. Se um homem arrancar o olho de outro homem, o olho do primeiro deverá ser arrancado.

200. Se um homem quebrar o dente de um seu igual, o dente deste homem também deverá ser quebrado.

229. Se um construtor construir uma casa para outrem, e não a fizer bem feita, e se a casa cair e matar seu dono, então o construtor deverá ser condenado à morte.

230. Se morrer o filho do dono da casa, o filho do construtor deverá ser condenado à morte.

231. Se morrer o escravo do proprietário, o construtor deverá pagar por este escravo ao dono da casa.”

Levítico 24, 17 – Todo aquele que ferir mortalmente um homem será morto.

Tábua VII, 11 – Se alguém fere a outrem, que sofra a pena de Talião, salvo se houver acordo.

Concomitante ao talião, surge a composição, mediante a qual o criminoso pagava determinada quantia pecuniária, ou em bem, pela sua liberdade. Foi adotada pelo Código de Hamurabi, pela Torah e pelo Código de Manu, sendo igualmente largamente aceita pelo Direito dos povos Germânicos.

Entre os códigos mais antigos que chegaram a nós, o Código de Hamurabi, rei da Babilônia, possui posição de destaque, eis que apresentava duas características marcantes. De um lado, o código era regido pela chamada Lei do talião, onde se vingava o delito praticado com mal proporcional ao ocasionado pelo infrator. Observa-se, nesse particular, que o talião regia as principais codificações penais da época, como, p.ex., o Pentateuco Hebreu, o Código de Sólon na Grécia e mesmo a lei das XII tábuas, na Roma republicana.

Todavia, o Código de Hamurabi também apresentava dispositivos, considerados hoje como modernos, em que regia a composição e a indenização pelos danos causados. Em assim sendo, verifica-se a clara dicotomia do *códice*, o qual, de um lado, punia com rigor excessivo, mas de outro, adotava medidas tidas como modernas, tais como a da composição, em que pagamento de determinada quantia em pecúnia ou em bens poupava o infrator da punição física.

Observa-se que a composição teve campo fértil no Direito bárbaro germânico, o qual, de caráter nitidamente privado, conferia ao ofendido ou à sua família o direito de vingança contra o agressor. Todavia, como acontecia em toda a Antigüidade, onde a vida tinha valor nitidamente menor do que o de bens e dinheiro se aceitava largamente a composição.

De fato, em toda a história, observa-se o variado rol de penas adotadas pelos legisladores penais. Nos tempos mais imemoriais, onde a vida da pessoa dependia necessariamente de apoio dos membros de sua tribo ou clã, as penas de expulsão e desterro eram comuns (o que, de fato, acarretava quase que sempre na morte do indivíduo, pela certa rejeição da pessoa pelo grupo habitante no local do desterro). Tinha-se, também, evidentemente, a pena de morte como sendo a mais comum e amplamente aplicada e, decerto, sem qualquer proporcionalidade com o delito cometido.

Já a prisão celular não se constituía como espécie de pena, visto que, para os povos antigos a pena necessariamente expressava dor física, perda da condição de pessoa livre (escravidão) ou morte, sendo a prisão mera medida cautelar para a garantia da futura aplicação da pena. Isso também

se explica devido ao fato evidente de que manter uma pessoa encarcerada demandaria em gasto monetário, mesmo que mínimo, o que seria de todo inaceitável em organizações sociais distantes dos preceitos humanitários, tais como as civilizações antigas.

Em assim sendo, por toda a Antigüidade e Idade Média perpetuou-se a prisão em caráter custodial, para fins de guardar os condenados até o momento da execução da pena, a qual deveria acontecer com a maior publicidade possível, objetivando, assim, firmar a autoridade do soberano e do Estado, bem como evitar o cometimento de novas infrações. Enrico Ferri, na obra *Princípios de Direito Criminal – O Criminoso e o Crime –*, leciona sobre as penas usualmente aplicadas nesse período:

“...as capitais e corporais que, conjuntamente às penas pecuniárias – até o confisco total do patrimônio – constituíram o primitivo arsenal da justiça penal, o mundo romano acrescentou os trabalhos forçados (ad metalla, ad triremes, etc), enquanto que o cárcere servia não como pena, mas como guarda dos acusados e dos condenados à espera de serem mandados ad crucem, ad bestias, ad metalla, etc.”

Michel Foucault, em sua obra *Vigiar e Punir*, ilustra bem a necessidade da publicidade na execução das penas, as quais deveriam causar ao condenado o máximo de agonia possível, mediante queimaduras, amputações, lacerações, estrangulamentos, açoites, etc. Nesse diapasão, afirma FOUCAULT:

O suplício penal não corresponde a qualquer punição corporal: é uma produção diferenciada de sofrimentos, um ritual organizado para a marcação das vítimas e a manifestação do poder que pune: não é absolutamente a exasperação de uma justiça que, esquecendo seus princípios,

perdesse todo o controle. Nos "excessos" dos suplícios, se investe toda a economia do poder.⁴

Entremetidos ao Direito Penal medieval, verifica-se o surgimento do direito eclesiástico, com a formação de um corpo jurídico próprio da Igreja Católica romana, o qual se denominou Direito Canônico (do grego Kanón, regra), o qual já mencionava a prisão como meio para "purificar a alma dos pecados". Exigia-se, pois, a penitência (origem do termo penitenciária) em ambiente de reclusão, onde o recluso pudesse refletir sobre o delito perpetrado, e se arrepender, mediante o sentimento de remorso.

Na Idade Média vigiam predominantemente a pena capital, bem como penas corporais e infamantes, fruto da repressão desenfreada do poder central contra a classe excluídas, alcunhados como servos. Sobre a aplicação das penas infamantes como manifestação do poder, discorre PASUKANIS:

Esta situação se modificou com o desenvolvimento e a estabilização da divisão da sociedade em classes e estados. O nascimento de uma hierarquia eclesiástica e de uma hierarquia laica faz da proteção de seus privilégios e da luta contra as classes inferiores e oprimidas da população uma tarefa prioritária. A desagregação da economia natural e a intensificação consecutiva da exploração dos camponeses, o desenvolvimento do comércio e a organização do Estado baseado na divisão em estados e em classes colocam a jurisdição penal à frente de todas as outras tarefas. Nesta época, a justiça penal já não é mais, para os detentores do poder, um simples meio de enriquecimento, mas um meio de repressão impiedosa e brutal, sobretudo dos camponeses que fugissem da intolerável exploração dos senhores e de seu Estado, assim como dos vagabundos pauperizados, dos mendigos, etc. O aparelho estatal da polícia e da inquisição começa a desempenhar uma função proeminente. As penas transformam-se em meios de extermínio físico e de

⁴ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir. História da Violência nas Prisões**. Petrópolis: Editora Vozes. 34ª ed. p. 32.

terrorismo. É a época da tortura, das penas corporais, das execuções capitais mais bárbaras.⁵

A pena na Idade Moderna

Já na Idade Moderna, com o fim gradual do regime feudal e a imposição do capitalismo, alavancado pela reforma protestante, nota-se uma crescente criminalidade patrimonial, a qual não poderia mais ser combatida com as penas antes aplicadas, e em especial, com a de morte, a qual restou restringida a determinados casos. Nesse contexto, surge o pensamento iluminista, com a proposta de instauração de casas de correção destinadas a extirpar do condenado a sina de criminoso, reformando-o para o convívio em sociedade. Essa tendência foi gravemente influenciada pela idéia do contratualismo de Rousseau, eis que, o contrato social, se violado, importaria na imposição de uma sanção. E para o iluminismo, emergido na idéia de liberdade, a melhor sanção a ser aplicada era justamente a restrição da liberdade. Nesse sentido discorrem Zaffaroni e Pierangeli:

[...] Quando um cidadão não paga uma indenização devida como resultado da violação de um contrato é forçado a fazê-lo (dele é expropriado algo de valor), mas os homens dessa massa criminalizada nada possuíam. O que deles se expropriava? A única coisa que podiam oferecer no mercado: sua capacidade de trabalho, sua liberdade.⁶

Destarte, nesse período iniciou-se o movimento de conscientização dos abusos medievais, objetivando a reforma das leis penais. Sobressaindo-

⁵ PASUKANIS. Idem. p. 150/151.

⁶ ZAFFARONI, Engenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Vol. 1. 6ª Ed. São Paulo:RT, 2005.

se no pensamento reformista de então, vêem-se três obras que marcaram a história não só da justiça penal, como de todo o pensamento humanista. O “Contrato Social” de ROUSSEAU, “O Espírito das Leis” de MONTESQUIEU e “Dos Delitos e das Penas” de BECCARIA. Oriunda destas obras paradigmas, despertou-se uma nova consciência com a preocupação crescente observada em todas as legislações penais do mundo, sobretudo no sentido de humanização das penas e adoção de medidas menos infamantes e atroz, além da abolição da tortura. Todos os autores que tratam sobre a história do Direito Penal apontam que o Marquês de Beccaria (Césare de Bonesana) desencadeou esse movimento de reação contra as aberrações da justiça penal. Segundo ainda Enrico Ferri, alguns conceitos passaram a vigorar após a lição de BECCARIA, dentre as quais se destacam:

I. O Estado tem, por necessidade natural de conservação social, o poder e o dever supremo e imanente de proibir e punir as ações danosas ou perigosas para as condições de existência individual e social, contra as quais se mostram insuficientes as outras sanções jurídicas (disciplinar, civil, administrativa, política). II. Mas o Estado deve respeitar e garantir ‘os direitos do homem’ não os sacrificando ilegitimamente – isto é, sem necessidade – à própria utilidade mais ou menos urgente e evidente.(...) IV. Ninguém pode ser punido por uma ação que não seja proibida, com pena determinada, por uma lei a ela anterior.(...) VII. Nas leis penais que se sucederam ao século XIX (além da abolição da tortura, das penas corporais e infamantes e do confisco em todos os países e da pena de morte na Itália e em algumas outras nações) realizou-se uma geral e indistinta mitigação das penas, sem relação alguma com as atitudes mais ou menos anti-sociais dos diversos delinqüentes.(...) XI. O objeto do juízo penal é o crime e ao crime deve proporcionar-se a pena, estabelecendo-se uma medida fixa.⁷

PASUKANIS bem discorre acerca da importância de BECCARIA para a evolução do Direito Penal, especialmente no que concerne ao sistema de

⁷ 2 FERRI, Enrico. **Princípios de Direito Criminal – O Criminoso e o Crime**. Bookseller Editora, 1996, p. 42.

execução da pena, todavia, fazendo menção que suas idéias não foram recepcionadas em todas as sociedades ocidentais, pelo menos na época em que o autor redigiu seu tratado, *verbis*:

O interesse de classe imprime, destarte, em cada sistema penal a marca da concretização histórica. No que concerne aos próprios métodos de política penal, é usual ressaltar os grandes progressos consumados pela sociedade burguesa desde a época de Beccaria e de Howard com a adoção de penas mais humanas: abolição da tortura, das penas corporais e das penas infamantes, das execuções corporais bárbaras, etc. Tudo isso representa, sem dúvida, um grande processo. Mas, não se pode esquecer que a abolição das penas corporais não ocorreu em todo lugar. Na Inglaterra o açoite é permitido, até 25 golpes de vara para os menores de 16 anos, e até 150 golpes para os adultos, como punição para o roubo e o furto. Também os marinheiros sofrem suplícios corporais. Na França, o castigo corporal é aplicado nas sanções disciplinares aos penitenciários. Na América, em dois Estados da União, mutilam-se criminosos, fazendo-os sofrer emasculação. A Dinamarca introduziu em 1905, para uma série de delitos, castigo corporal. Mais recentemente, a queda da república soviética na Hungria foi comemorada com a introdução do açoite aplicado como pena para uma gama de delitos contra a pessoa e a propriedade. Além disso, deve ser notado que nos últimos decênios do século XIX e os primeiros decênios do século XX viram nascer, em um certo número de Estados burgueses, uma tendência característica à restauração de penas aflitivas, cruéis e infamantes. O humanismo da burguesia cede lugar aos apelos de severidade e a uma maior aplicação da pena de morte.⁸

Releva-se de destaque, outrossim, a análise de PAVARINI e MELOSSI referente a transmutação da prisão-custódia em prisão-pena, em que os referidos autores concluem que tal mudança ocorreu como consequência da nova ordem social inaugurada pelo capitalismo, em contraponto ao entendimento de que o movimento iluminista teria originado tal transformação. Para tanto, avaliam os autores que o Estado do capital *versus* trabalho assalariado não admitiria o desperdício de mão de obra

⁸ PASUKANIS. *Idem.* p. 152/153.

assalariada, constituindo-se as prisões como verdadeira reserva de mercado de mão de obra á disposição do capitalista burguês, disponível sempre que necessário, além de controlar o excesso de mão de obra desocupada.

Todavia, não se pode negar o marco representado pelo iluminismo para a humanidade decorrente das aspirações a valores racionais, produzindo decerto consideráveis mudanças à estrutura político-jurídica do Estado (*ex vi* Revolução Francesa). No contexto do Direito Penal, após séculos de aplicação de crueldades desenfreadas na aplicação da pena, bem como de insegurança jurídica, além de desmesurado arbítrio das autoridades políticas e judiciárias, o Iluminismo instaurou no Direito Penal, como em outros aspectos sociais, uma nova era de racionalismo e humanismo.

Salienta-se no movimento iluminista as idéias do contratualismo de Rousseau, o qual se baseava na idéia de que a sociedade, organizada por meio do contrato social firmado mediante livre acordo de vontades, onde cada qual cedia parte de sua liberdade em troca da segurança do Estado, aqueles que perturbassem essa ordem estariam agindo contra todo o corpo social. Zaffaroni e Pierangeli lecionam a respeito:

Até o contratualismo, o que se obtivera era a limitação do poder estatal pela via do dever de estabelecer, rigidamente, os limites do proibido (Hobbes) e o reconhecimento de limites do poder estatal pela via do objeto da sociedade, mas a natureza em si da pena muda o seu sentido – e com isso todo o direito penal – a partir da abordagem contratual. Se a própria sociedade é estabelecida mediante um contrato, o homem que pretende alcançar a riqueza por uma via não autorizada por aquela, viola aquilo que o contrato preceitua. Qual é a sanção para quem viola o contrato? Uma reparação, uma indenização. Quando um cidadão não paga uma indenização devida como resultado da violação de um contrato, é forçado a fazê-lo (dele é expropriado algo de

valor), mas os homens da massa criminalizada por esse controle social nada possuíam. O que deles se expropriava? A única coisa que podiam oferecer no mercado: sua capacidade de trabalho, sua liberdade. Daí surge a ideologia que faz da privação de liberdade uma pena, que até então havia sido apenas uma medida preventiva (o que hoje chamamos "prisão preventiva") durante o processo, pois as penas eram corporais.⁹

Apontado como um dos maiores expoentes do movimento reformador, Cesare Beccaria faz alusões explícitas ao contratualismo de Rousseau ao afirmar:

As leis são as condições com que os homens independentes e isolados se uniram em sociedade, cansados de viverem num contínuo estado de guerra e de gozarem uma liberdade tornada inútil por causa da incerteza de sua conservação. A soma de todas essas porções de liberdade sacrificadas ao bem de cada um constitui a soberania de uma nação, e o soberano é o seu legítimo depositário e administrador. Mas era insuficiente a formação desse depósito; fazia-se mister defendê-lo das usurpações privadas de cada homem em particular, que procura sempre retirar do depósito a própria porção e a dos outros. Exigiram-se motivos sensíveis que bastaram para desviar o ânimo despótico de cada homem de sua intenção de voltar a submergir às leis da sociedade no antigo caos. Estes motivos sensíveis são as penas estabelecidas contra os infratores das leis. (...) Foi, pois, a necessidade que obrigou os homens a cederem parte de sua liberdade; e é certo que cada um não quer colocar no depósito público senão a mínima porção possível que baste para induzir os demais a defendê-lo. O conjunto dessas mínimas porções possíveis forma o direito de punir; tudo mais é abuso e não justiça; é fato e não direito.¹⁰

Com sua obra *Dos delitos e das penas*, BECCARIA contribuiu para a reforma do Direito Penal, por meio da crítica à crueldade reinante no sistema punitivo, defendendo a humanização das penas, que não poderiam consistir em um ato de violência contra o cidadão, devendo ser pública,

⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 227.

¹⁰ BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Tradução de Vicente Sabino Junior. São Paulo: Editora Juriscredi LTDA, 1972, p. 152/153.

proporcional ao delito e previamente determinada pela lei. Como afirma ZAFFARONI, o contratualismo de Rousseau encontrou ampla aceitação na obra de BECCARIA:

BECCARIA foi seguidor de ROUSSEAU quanto às idéias contratualistas, e disto resultava, como consequência necessária, o princípio da legalidade do delito e da pena. Considerava que as penas deviam ser proporcionais ao dano social causado. Rejeitava duramente a crueldade inusitada das penas de sua época e a tortura, que era o meio de prova mais usual. Sustentava que se devia abolir a pena de morte, salvo nos delitos que colocavam em perigo a vida da nação.¹¹

¹¹ ZAFFARONI/PIERANGELI. Idem. p. 234.

CAPÍTULO II – Direito e Controle Social

Têm-se como certo pela doutrina, jurídica ou sociológica, que o Direito caracteriza-se como sendo um sistema de regras para a vida em sociedade, destinado, precipuamente, a melhor possibilitar a convivência em sociedade mediante o controle social. Tal controle é efetuado precipuamente pelo Direito Penal, eis que suas regras representam o cerne do referido controle, eis que os tipos penais representam o que há de mais extravagante se comparados com as demais punições previstas em outros ramos do Direito, notadamente representada pela segregação da liberdade.

Importante fazer constar que o conceito de Direito utilizado, um entre tantos, releva-se o adequado para a análise da pena, em observância das teorias criminológica, sociológica e política. De fato, a ideologia do controle social reveste-se de um caráter eminentemente burguês, eis que elaborada justamente para a proteção deste, então emergente, setor da sociedade. Sobre a ideologia do controle social, discorre BARATTA:

A ideologia da defesa social (ou do "fim") nasceu contemporaneamente à revolução burguesa e, enquanto a ciência e a codificação penal se impunham como o elemento essencial do sistema jurídico burguês, aquela assumia o predomínio ideológico dentro do específico setor penal. As escolas positivistas herdaram-na da Escola clássica, transformando-a em algumas de suas premissas, em conformidade às exigências políticas, que assinalam, no interior da evolução da sociedade burguesa, a passagem do estado liberal clássico ao estado social.¹²

¹² BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal. Introdução à Sociologia do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Editora Revan. 3ªed. p. 41/42.

De fato, tendo-se em conta as inúmeras teorias que tencionam justificar a pena, observa-se como certa tão só a finalidade subjacente à normatividade jurídico-penal, a qual, ao tipificar determinadas condutas utiliza-se do aparato estatal em função do controle social. Contudo, justifica-se a pena no discurso oficial não como sendo o controle social efetuado sobre os excluídos, mas sim na necessidade de reprovação e prevenção de uma conduta patológica, possibilitando a aplicação da sanção penal. Todavia, resta claro o real intento de justamente conceituar do que seja a conduta normal e do que seja a patológica a chave para o controle de uma determinada sociedade.

Todavia, manifesta o discurso oficial o entendimento de que o comportamento criminoso seria a manifestação de uma patologia, isto é, um comportamento disforme do adotado pelo “homem comum”. Verifica-se, portanto, que a idéia de comportamento patogênico seria resultante de defeitos de formação, a serem corrigidos pela ortopedia moral, oriundos quer de defeitos individuais congênicos, quer de socialização deficiente, resultante de insuficientes esforços da sociedade na transmissão das normas morais ao indivíduo.

Para a solução dos desajustados, ou dos moralmente pervertidos, apresentou-se ao longo dos tempos diversas formas de controle, sendo a atual – segregação da liberdade – a comumente utilizada pela grande maioria dos países. Todavia, em determinados países ou em determinados contextos históricos, verifica-se a imposição de medidas mais drásticas, tais como o estabelecimento da pena de morte. Além disso, em épocas em que

as circunstâncias históricas, surgem regimes de exceção dispostos a implementar medidas draconianas, tais como a erradicação de indivíduos defeituosos, programas de eugenia ou de aprimoramento genético da população (ex vi a experiência nacional-socialista de erradicação dos não “arianos”).

A ideologia do controle social constitui-se atualmente na ideologia dominante da ciência do Direito Penal, bem como da Criminologia e, primordialmente, nos operadores da máquina estatal da repressão. BARATTA colaciona os princípios da mencionada teoria, *verbis*:

- a) *Princípio da legitimidade.* O Estado, como expressão da sociedade, está legitimado para reprimir a criminalidade, da qual são responsáveis determinados indivíduos por meio de instâncias oficiais de controle social (legislação, polícia, magistratura, instituições penitenciárias). Estas interpretam a legítima reação da sociedade, ou da grande maioria dela, dirigida à reprovação e condenação do comportamento desviante individual e à reafirmação dos valores e das normas sociais.
- b) *Princípio do bem e do mal.* O delito é um dano para a sociedade. O delinqüente é um elemento negativo e disfuncional do sistema social. O desvio criminal é, pois, o mal; a sociedade constituída, o bem.
- c) *Princípio da culpabilidade.* O delito é a expressão de um atitude inferior reprovável, porque contrária aos valores e às normas, presentes na sociedade mesmo antes de serem sancionadas pelo legislador.
- d) *Princípio da finalidade ou da prevenção.* A pena não tem, ou não tem somente, a função de retribuir, mas a de prevenir o crime. Como sanção abstratamente prevista em lei, tem a função de criar uma justa e adequada contra motivação ao comportamento criminoso. Como sanção concreta, exerce a função de ressocializar o delinqüente.
- e) *Princípio da igualdade.* A criminalidade é a violação da lei penal e, como tal, é o comportamento de uma minoria desviante. A lei penal é igual para todos. A reação penal se aplica de modo igual para todos.
- f) *Princípio do interesse social e do delinqüente natural.* O núcleo central dos delitos definidos nos códigos penais das nações civilizadas representa a ofensa de interesses fundamentais, de condições essenciais à existência de toda a sociedade. Os interesses protegidos pelo direito penal são interesses comuns a todos os cidadãos.

Apenas uma pequena parte dos delitos representa violação de determinados arranjos políticos e econômicos, e é punida em função da consolidação destes (delitos artificiais).¹³

Objetivando romper com a Criminologia do discurso oficial, representada pelos enunciados mencionados por BARATTA, surge a Criminologia Radical, de clara influência Marxista. Utilizando-se da idéia do *Labeling Approach*, ou da rotulação, explana o contínuo processo de criminalização das classes marginalizadas, a qual seria a clientela histórica do sistema de persecução penal. Sobre o *Labeling Approach*, discorre CIRINO DOS SANTOS:

O paradigma do *labeling approach*, originário da criminologia fenomenológica americana de meados do século XX, estuda a criminalidade como *fenômeno social* produzido por normas e valores – e não como *coisa* explicáveis por etiologias causais – dirigindo a atenção para definições institucionais e formais de comunicação intersubjetivas no processo de *construção social* do crime e da criminalidade. Esse novo *paradigma*, considerado uma *revolução científica* em teoria criminológica, (a) define comportamento criminoso como qualidade atribuída por agências de controle social a determinadas condutas, mediante aplicação de regras e sanções, e (b) define criminoso como o “*sujeito o qual se aplica com sucesso o rótulo de criminoso*”, segundo a célebre definição de BECKER.¹⁴

Segundo esse entendimento, o conflito social, ou a luta de classes encontra-se no cerne da criminalidade, eis que as camadas excluídas da população confrontam-se ao poder político e econômico, enquanto que aqueles que se encontram no centro das decisões exploram a grande massa marginalizada na busca da manutenção de seus interesses. Para tanto, a mencionada corrente de pensamento buscou o estudo da economia política do crime. Em assim sendo, refutou-se a teoria de que os criminosos possuiriam uma patologia, ou mesmo um desvio decorrente do seu meio social.

¹³ BARATA, Alessandro. *Op.cit.* p. 42/43.

¹⁴ CIRINO DOS SANTOS. *Op. cit.* P. 696/697.

Têm-se como o objeto da criminologia crítica o conjunto das relações sociais, compreendendo características econômicas, políticas, jurídicas, de trabalho, etc., que formam o controle social. Segundo o escólio de BARATTA, desloca-se o enfoque de estudo para questões objetivas do meio social, para a teoria da rotulação, a qual determinaria a origem do “desvio”:

Quando falamos em “criminologia crítica” e, dentro deste movimento tudo menos que homogêneo do pensamento criminológico contemporâneo, colocamos o trabalho que se está fazendo para a construção de uma teoria materialista, ou seja, econômico-política, do desvio, dos *comportamentos socialmente negativos* e da criminalização, um trabalho que leva em conta instrumentos conceituais e hipóteses elaboradas no âmbito do marxismo, (...). Na perspectiva da criminologia crítica a criminalidade não é mais uma qualidade ontológica de determinado comportamento e de seus determinados indivíduos, mas e revela, principalmente, como um *status* atribuído a determinados indivíduos, mediante uma dupla seleção: em primeiro lugar, a seleção dos bens protegidos penalmente, e dos comportamentos ofensivos a estes bens, descritos nos tipos penais; em segundo lugar, a seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos os indivíduos que realizam infrações a normas penalmente sancionadas. A criminalidade é – segundo uma interessante perspectiva já indicada nas páginas anteriores – um “bem negativo”, distribuído desigualmente conforme a hierarquia dos interesses fixados no sistema sócio-econômico e conforme a desigualdade social entre indivíduos.¹⁵

Segundo ainda o citado autor, o aparato estatal repressivo tão só afigura-se apto para administrar a criminalidade, em um verdadeiro ciclo infinito de crime e pena, efetuando, tão só, a seleção de sua “clientela” oriunda das classes marginalizadas estigmatizadas no rótulo de “criminosos”, os quais geralmente aceitam essa rotulagem e passam a se comportar segundo os ditames do rótulo lhes aplicado, além de vistos desta forma pela coletividade. Nesse sentido é a lição de CIRINO DOS SANTOS;

¹⁵ BARATTA, Alessandro. *Op.cit.* p. 159/161.

A concepção de crime como produto de *norma* (criação do crime) e de *poder* (aplicação de normas) define a lei e o processo de criminalização como “causas” do crime, rompendo o esquema teórico do positivismo e dirigindo o foco para a relação entre *estigmatização criminal* e formação de *carreiras criminosas*: a criminalização primária produz estigmatização que, por sua vez, produz criminalização secundárias (reincidência). O rótulo criminal, principal elemento de identificação do criminoso, produz as seguintes conseqüências: assimilação das características do rótulo pelo rotulado, expectativa social de comportamento do rotulado conforme as características do rótulo, perpetuação do comportamento criminoso mediante formação de carreiras criminosas e criação de subculturas criminais através de aproximação recíproca de indivíduos estigmatizados.¹⁶

Nesse contexto, o delito seria tão só o produto final da lei, criada, por obviedade, pelas classes estabelecidas no centro do poder. Em assim sendo, refuta-se na criminologia crítica a idéia de que o Direito Penal seria o baluarte da sociedade.

Igualmente, aponta BARATTA que o Direito Penal não defenderia os bens essenciais a toda a coletividade, não sendo, portanto, a lei igual para todos (o que seria um mero discurso). Caracteriza-se, pois, o Direito Penal, no entendimento no autor, como sendo desigual por excelência.

Portanto, o Direito Penal seria mero instrumento das classes detentoras do poder de decisão objetivando assegurar o *status quo*, ou seja, o predomínio de seu poder. Essa idéia, encontra-se preconizada por Marx no Manifesto do Partido Comunista:

Mas não discutais conosco enquanto aplicardes à abolição da propriedade burguesa o critério de vossas noções burguesas de liberdade, cultura, direito, etc. Vossas próprias idéias decorrem do regime burguês de produção e de propriedade burguesa, assim como vosso direito não passa da vontade de vossa classe erigida em lei, vontade cujo conteúdo é

¹⁶ CIRINO DOS SANTOS. Juarez. **A Criminologia Radical**. *op.cit.* p. 20.

determinado pelas condições materiais de vossa existência como classe.¹⁷

De fato, observa-se a tendência histórica dos grupos humanos se organizarem em instituições políticas, constituindo, assim, grupos no cerne do poder e grupos mais ou menos marginalizados deste poder, dependendo, geralmente, de suas condições econômicas. Existem, pois, grupos dominantes e grupos dominados, os quais necessariamente – segundo a Ideia de Marx de luta de classes – encontram-se em constante conflito. Oportuno colacionar, nesta oportunidade, excerto do Manifesto do partido Comunista:

A organização do proletariado em classe e, portanto, em partido político, é incessantemente destruída pela concorrência que fazem entre si os próprios operários. Mas renasce sempre, e cada vez mais forte, mais firme, mais poderosa. Aproveita-se das divisões intestinas da burguesia para obrigá-la ao reconhecimento legal de certos interesses da classe operária, como, por exemplo, a lei da jornada de dez horas de trabalho na Inglaterra.

Em geral, os choques que ocorrem na velha sociedade favorecem de diversos modos o desenvolvimento do proletariado. A burguesia vive em guerra perpétua; primeiro, contra a aristocracia; depois, contra as frações da própria burguesia cujos interesses se encontram em conflito com os progressos da indústria; e sempre contra a burguesia dos países estrangeiros. Em todas essas lutas, vê-se forçada a apelar para o proletariado, reclamar seu concurso e arrastá-lo assim para o movimento político, de modo que a burguesia fornece aos proletários os elementos de sua própria educação política, isto é, armas contra ela própria.¹⁸

Infere-se, portanto, que o antagonismo entre poder-central e marginalizados reclama a criação, pelo poder-central de instituições de controle social, objetivando, como já mencionado, a manutenção de seu *status*. Portanto, observa-se que as instituições de controle social, e

¹⁷ MARX, Karl. ENGELS, Friedrich. **Manifesto do Partido Comunista.** in <http://www.google.com.br/search?hl=pt-BR&q=manifesto+do+partido+comunista&meta=> p. 14.

¹⁸ MARX, ENGELS. *Op.cit.* p.09.

principalmente o Direito Penal, tem como objetivo precípua, todavia, não declarado, de promover o predomínio do poder vigente, além de manter o controle das camadas marginalizadas mediante a realização de limitações da conduta dos indivíduos.

Em assim sendo, observa-se que o sistema de repressão penal somente instala e reforça as desigualdades sociais, protegendo, tão só, os interesses das classes que o instituíram sob o falso discurso da proteção da coletividade.

CAPÍTULO III - Teoria Jurídica da Pena

O Direito Penal busca dar respostas diferentes a questão de como solucionar o problema da criminalidade. Para tal desiderato, verificam-se as Teorias da Pena, que se caracterizam como estudos científicos sobre a pena. Verificam-se as teorias oficiais de reação à criminalidade: de um lado, as teorias absolutas, ligadas essencialmente às doutrinas da retribuição ou da expiação; e de outro lado, as teorias relativas, que se analisam em dois grupos de doutrinas (as doutrinas da prevenção geral e as doutrinas da prevenção especial ou individual). E por fim, as teorias mistas ou unificadoras, além das teorias agnósticas.

Define-se sanção penal como a coerção a uma determina conduta antijurídica, ou seja, antecipadamente prevista por um ordenamento jurídico vigente. Pode-se definir a pena, ainda, como toda e qualquer resposta a um comportamento reprovável.

Para fins de melhor estudo das doutrinas da pena, impõe-se a análise das correntes que adotam critérios absolutos e relativos da pena. Para a corrente dita absoluta, a pena caracteriza-se por ser um fim em si mesmo, ou seja, a mera consequência da prática do delito. A pena segue tanto o fundamento do delito quanto o efeito à causa. Nesse sentido, verifica-se a manifestação de ZAFFARONI:

São chamadas *teorias absolutas* que sustentam que a pena encontra em si mesma a sua justificação, sem que possa ser considerada um meio para fins ulteriores. Tais são

sustentadas por Kant e Hegel, que logo veremos. Na atualidade tal teoria não possui adeptos.¹⁹

Observa-se várias teorias ditas absolutas, dentre as quais se destacam: A teoria da reparação, a qual afirma que a pena se justificaria como forma de expurgação da imoralidade que desencadeou a prática do delito. Busca, assim, o restabelecimento da moral mediante o sofrimento. Já a teoria da retribuição divina inclui a figura de 'Deus' ou 'deuses' na concepção de aspectos políticos ideológicos, revelando-se a pena como manifestação de uma vontade superior, nesse contexto, a pena serviria para 'expição' do 'pecado'. Apresenta KANT como seu maior defensor.

Por fim, verifica-se a teoria da retribuição jurídica, tendo como expoente HEGEL, a qual entende que o delito afigura-se como sendo a negação do direito, sendo a pena a negação do delito, e, conseqüentemente a pena seria a afirmação do direito. Nesse diapasão, verifica-se a lição de ZAFFARONI:

A pena, para Hegel, impunha-se como uma necessidade lógica e também tinha caráter retributivo talional, por ser a sanção à violação do contrato: se o delito é a negação do direito, a pena é a negação do delito e (conforme a regra de que a negação da negação é uma afirmação) a pena seria a afirmação do direito, que se imporia simplesmente pela necessidade de afirmação do mesmo.²⁰

A pena como retribuição do crime encontra, hodiernamente, a crítica predominante da doutrina, a qual aponta, dentre outros fatores, a falta de

¹⁹ ZAFFARONI/PIERANGELI. *Op. cit.* p. 106.

²⁰ ZAFFARONI/PEARANGELI. *Idem.* p. 246.

cientificidade, eis que entende a pena como forma de perdão ou expiação do mal praticado, além da necessária ingerência de uma figura divina, o que decerto não se afigura científico, além de não se coadunar com o pensamento democrático moderno. Nesse sentido, observa-se a lição de CIRINO DOS SANTOS, *verbis*:

A crítica jurídica do discurso retributivo da pena criminal, produzida por adeptos da prevenção especial e geral, tem por objeto a natureza expiatória ou compensatória da retribuição penal, como método de expiar ou de compensar um mal (o crime) com outro mal (a pena), pode corresponder a uma crença – e, nessa medida, constituir um ato de fé -, mas não é democrático, nem científico. Não é democrático porque no Estado Democrático de Direito o poder é exercido em nome do povo – e não em nome de Deus – e, além disso, o Direito Penal não tem por objetivo realizar vinganças, mas proteger bens jurídicos. Por outro lado, não é científico porque a retribuição do crime pressupõe um dado indemonstrável: a liberdade de vontade do ser humano, pressuposta no juízo de culpabilidade – e presente em fórmulas famosas como, por exemplo, o poder de agir de outro modo de WELZEL, ou a falha de motivação jurídica de JAKOBS, ou mesmo a moderna dirigibilidade normativa, de ROXIN não admite prova empírica. Assim, a pena como retribuição do crime se fundamenta num dado indemonstrável: o mito da liberdade pressuposta da culpabilidade do autor. A impossibilidade de demonstrar a liberdade pressuposta na culpabilidade determinou uma mudança na função atribuída a culpabilidade no moderno direito penal: a culpabilidade perde a antiga função de fundamento da pena, que legitima o poder punitivo do Estado em face do indivíduo, para assumir a função atual de limitação da pena, que garante o indivíduo contra o poder punitivo do Estado – uma mudança de sinal dotada de obvio significado político.²¹

Teorias preventivas da Pena, ou Teorias Relativas

Conceituam-se as teorias preventivas da pena como sendo as que atribuem à pena a capacidade de evitar o cometimento de novos delitos. Dividem-se na teoria preventiva especial e teoria preventiva geral.

²¹ CIRINO DOS SANTOS. Juarez. **Direito Penal. Parte Geral**. Curitiba: ICPC – *Lumen Juris*. 2007. P. 457/458.

Seguindo a linha das teorias anteriores, as teorias preventivas igualmente reconhecem ser apenas um mal a ser aplicado, todavia, um mal menor destinado a evitar o descontrole nas práticas delitivas, o que se caracterizaria como um mal maior. Ou seja, na visão desta teoria, inseriram-se pesos entre o mal cominado ao criminoso com a aplicação da pena em comparação com o mal gerado pela impunidade, resolvendo-se esse conflito em favor da coletividade.

Os adeptos das teorias absolutas fazem críticas a perpetração de sofrimento ao criminoso objetivando evitar um mal social, utilizando-se como objeto para a realização de um desiderato em prol da sociedade. Em assim sendo, critica-se a prevenção especial ao argumento de que, para essa teoria, a pena seria um imperativo para a redução da criminalidade. Isso decerto confere ao Estado (que adota essa teoria) a fundamentação científica para a perpetração de políticas penais autoritárias, como se observa tão comumente nos tempos atuais.

As teorias relativas entendem ser a pena um meio necessário para a consecução de determinado fim, não se fundamentando nela mesma. Segundo essa teoria, a pena se caracterizaria como uma necessidade social que objetaria a repressão do crime. Continuando no escólio de ZAFFARONE:

As teorias relativas desenvolveram-se em oposição às teorias absolutas, concebendo a pena como um meio para a obtenção de ulteriores objetivos. Essas teorias são as que se subdividem em teorias relativas da *prevenção geral* e da *prevenção especial*, cujos conceitos já examinamos: na prevenção geral a pena surte efeitos sobre os membros da comunidade jurídica que não delinqüiram, enquanto na prevenção especial age sobre o apenado.²²

²² ZAFFARONI/PEARANGELI. *Op. cit.* p. 106.

Vê-se, portanto, a pena como necessidade social da obtenção de segurança na repressão de crimes. O delito, portanto, não é causa da pena, mas simplesmente razão para a sua aplicação, objetivando determinada finalidade. São relativas as seguintes teorias: A teoria contratualista, ante analisada sob a ótica histórica, afirma que toda a organização social encontra-se sob a égide do contrato social, firmado esse por todos os integrantes de determinado grupo. Segundo essa teoria, o criminoso quebraria o pacto com a sociedade, sendo, portanto, indesejável para a coletividade.

Segundo esse entendimento, com a prática do delito, o réu perde as garantias da proteção da coletividade, podendo, assim, ser punido pela infração praticada. Já a teoria da prevenção mediante a coação psíquica, baseada na idéia de que os crimes seriam cometidos em decorrência da paixão ou emoção, expõe que a pena seria uma tentativa de incutir nos pretensos criminosos a idéia de que o cárcere seria um risco demasiado alto para arriscar-se a satisfação de um impulso imediato. Essa idéia de coação psíquica – a qual se verifica de uso corrente dos legisladores penais em vários países –, mediante a criação de leis penais com penas exacerbadas, ao fito de que a ameaça de pena desestime a prática de infrações. Cumpre transcrever, nessa oportunidade, a lição de CIRINO DOS SANTOS:

A forma tradicional de *intimidação penal*, expressa na célebre teoria da *coação psicológica* de FEUERBACH (1775-1883), representa a dimensão *negativa* da prevenção geral: o Estado espera desestimular pessoas de praticarem crimes pela *ameaça* da pena. A crítica jurídica da prevenção geral *negativa* destaca a ineficácia inibidora de comportamentos anti-sociais da *ameaça penal*, como indica a *inutilidade* das cruéis penas corporais medievais e das nocivas penas privativas de liberdade do Direito Penal moderno. Nesse

sentido, é comum o argumento de que não seria a gravidade da pena – ou o rigor da execução penal –, mas a certeza (ou a probabilidade, ou o risco) da punição que desestimularia o autor a praticar crimes – na verdade, uma velha teoria já enunciada por BECCARIA (1738-1794), sempre retomada como teoria moderna pelo discurso de intelectuais e políticos de controle.²³

Teoria da prevenção especial

Já na teoria da prevenção especial, com a prática do fato delituoso o autor do delito comprova a resistência às normas jurídicas, sendo a ação criminosa perpetrada a comprovação da periculosidade do agente em relação aos bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal. Em assim sendo, segundo a teoria da prevenção especial, busca-se com a pena que o criminoso não volte a reincidir na seara delituosa. Para tanto, a pena atuaria como garantia de que, pelo menos durante a execução da pena o autor do delito não volte a delinquir, além de o apenado ser submetido, durante o período do cumprimento da pena, a medidas de reeducação e ressocialização. Sobre a teoria da prevenção especial, discorre CIRINO DOS SANTOS:

A execução do programa de *prevenção especial* ocorreria em duas dimensões simultâneas, pelas quais o Estado espera evitar crimes futuros do criminoso: por um lado, a prevenção especial *negativa* de segurança social através da *neutralização* (ou da *inocuidade*) do criminoso, consistente na incapacitação do preso para praticar novos crimes contra a coletividade social durante a execução da pena, por outro lado, a prevenção especial *positiva* de *correção* (ou de *ressocialização*, ou de *reeducação* etc.) do criminoso, realizada pelo trabalho de psicólogos, sociólogos, assistentes sociais e outros funcionários da *ortopedia moral* do estabelecimento penitenciário, durante a execução da pena – segundo outra fórmula antiga: *punitur, ne peccetur*.²⁴

²³ CIRINO DOS SANTOS. *Op. cit.* p. 461.

²⁴ CIRINO DOS SANTOS. *Idem.* p. 459.

Tal teoria preconiza que o indivíduo criminoso possui determinado desvio de conduta, o qual somente poderia ser corrigido pela pena, atuando assim como verdadeira "ortopedia moral" realizada pelos pequenos funcionários do sistema carcerário (agentes penitenciários, psicólogos, educadores, etc.).

A teoria da prevenção especial, basicamente influenciada por Franz Von Liszt, afirma que a pena objetiva evitar a prática de novos crimes, portanto, obedecendo à finalidade da ressocialização e reeducação do indivíduo delinqüente recuperável. Já os indivíduos incorrigíveis deveriam ser "neutralizados" mediante a imposição de penas perpétuas ou mesmo pela aplicação da pena de morte.

A mencionada doutrina parte da premissa de que a pessoa criminoso seria portadora de um desvio social, o qual necessita ser corrigido para bem da coletividade. Segundo o escólio de FRANZ VON LISZT, mencionado por ROXIN, a prevenção especial atua de três formas distintas. Primeiro, assegurando à coletividade da influência malévola do criminoso mediante a inocuização, segundo, intimidando possíveis novos infratores, e, por fim, evitando a prática de novos crimes ao efetuar a correção do delinqüente. Nesse sentido, a lição de ROXIN, *verbis*:

Esta tesis se perfeccionó en el tiempo de la Ilustración como teoría independiente de la prevención especial; más tarde fue arrinconada por la teoría de la retribución, pero hacia finales del siglo XIX la "escuela jurídicopenal sociológica" la reavivó de una manera muy influyente hasta hoy. Su portavoz fue Franz v. Liszt (1851-1919), el político criminal alemán más significativo.

Según su concepción, la prevención especial puede actuar de tres formas: **asegurando** a la comunidad frente a los

delinquentes, mediante el encierro Séneca, De ira, liber I, XIX-7. Se refiere aquí a Platón, Leyes, 934 a. 85 § 3 Sección 1." – Fundamentos de éstos; **intimidando** al autor, mediante la pena, para que no cometa futuros delitos; y preservándole de la reincidencia mediante su **corrección**. Conforme a esto, Liszt, en su denominado Programa de Marburgo "" (1882), que fue fundamental para su trabajo posterior, exponía un tratamiento de los delinquentes, diferenciado según el tipo de autor: la inocuización del delincuente habitual de quien no se puede conseguir que desista ni que mejore; la intimidación del mero delincuente ocasional y la corrección del autor corregible.

Sobre todo la tercera de las posibilidades de influencia preventivo especial, la corrección, que en lenguaje técnico se denomina resocialización o socialización, ha desempeñado un papel significativo en la postguerra (...).

Segundo VON LISZT, portanto, o imperativo da pena se constituiria na necessidade de evitar a prática de novos delitos mediante a intimidação, a qual afetaria os indivíduos mais suscetíveis ao controle social, os quais não chegariam a cometer crimes em decorrência do medo da punição que lhes poderia ser aplicados.

A ressocialização e reeducação, portanto, seriam destinadas aos indivíduos que ultrapassaram a fase da intimidação, ou seja, entenderam que o "prêmio" do crime seria mais vantajoso que a possível repreensão estatal, mas, uma vez punidos, aceitam as regras sociais objetivando voltar ao convívio da sociedade.

E, por último, àqueles que rejeitam por completo as regras de convivência social, restando para estes as medidas extremas de neutralização. Oportuno transcrever a lição de CIRINO DOS SANTOS:

A execução do programa de *prevenção especial* ocorreria em duas dimensões simultâneas, pelas quais o Estado espera evitar crimes futuros do criminoso: por um lado, a *prevenção especial negativa* de segurança social através da *neutralização* (ou a *inocuização*) do criminoso, consistente na incapacitação do preso para praticar novos crimes contra a coletividade social durante a execução da pena; por outro lado, a *prevenção especial positiva* de *correção* (ou de

ressocialização ou de *reeducação* etc.) do criminoso, realizada pelo trabalho de psicólogos, sociólogos, assistentes sociais e outros funcionários da *ortopedia moral* do estabelecimento penitenciário, durante a execução da pena – segundo outra fórmula antiga: *punitur, ne peccetur*.²⁵

Esse discurso, apesar de ser formulado em meados do século XIX, continua a vigorar na política atual do século XXI. Observa-se que o mundo dito “globalizado”, o qual recepciona com facilidade o “*American way of life*” também recepcionou a idéia norte-americana de que, quanto maior a repressão, maior a eficácia no combate ao crime. Em assim sendo, observa-se no Brasil a antidemocrática tendência de criar novos delitos, proibir a liberdade provisória ou a progressão de regime, delimitar rol de delitos hediondos, etc., toda vez que se noticia um crime que, por suas características, passa à notoriedade em decorrência da atuação da imprensa.

Demais disso, cumpre fazer relevo à crítica, mais do que fundada, que preconiza não caber ao Estado se rogar no direito de pretender mudar a personalidade das pessoas. Cada um deve ser livre para agir conforme sua consciência, devendo, é claro, assumir a responsabilidade sobre os seus atos. Ou seja, a punição pela prática de uma infração é um ato aceitável, todavia, a pretensão de querer mudar a personalidade das pessoas que não se adequam a determinado contexto de normalidade social caracteriza-se como ato intolerável em qualquer sociedade verdadeiramente democrática, eis que a cada um deve ser assegurado o direito de viver conforme seu livre arbítrio, prerrogativa esta de caráter universal. CIRINO DOS SANTOS comenta sobre a crítica da prevenção especial:

²⁵ CIRINO DOS SANTOS. *Ibidem*. p. 459.

A crítica jurídica da prevenção especial *positiva*, fundada na premissa de que a pena criminal preserva todos os direitos não atingidos pela privação de liberdade, afirma que programas de ressocialização devem respeitar a autonomia do preso e, por isso, deveriam ser limitadas a casos individuais *voluntários* de ajuda à disposição de *auto-ajuda* do encarcerado: afinal, o condenado não pode ser compelido ao tratamento penitenciário, o Estado não tem o direito de *melhorar as pessoas segundo critérios* morais próprios, e, enfim, prender pessoas na necessidade de melhoria terapêutica é injustificável.²⁶

Ademais, a experiência demonstra que as práticas ditas ressocializadoras ou educadoras não obtiveram sucesso em nenhum sistema carcerário, por mais bem estruturado que seja, como se vê da lição de CIRINO DOS SANTOS:

A crítica jurídica à ineficácia dos princípios da ideologia punitiva (correção, trabalho, educação, penitenciária, modulação da pena, controle técnico da correção, etc.) indica que a prisão não reduz a criminalidade, provoca a reincidência, fabrica delinquentes e favorece a organização de criminosos. De fato, a história do projeto "técnico-corretivo" do sistema carcerário é a história simultânea de seu fracasso: o "poder penitenciário" se caracteriza por uma "eficácia invertida", através da produção de reincidência criminal e pelo "isoformismo reformista", com a reproposição do mesmo projeto fracassado em cada constatação histórica de seu fracasso (Foucault, 1977, p. 228-39).²⁷

A teoria preventiva especial encontra-se focada no criminoso punido com uma pena, tendo por cerne a idéia de pena como instrumento de atuação preventiva sobre o apenado, objetivando, assim, evitar o cometimento de novos crimes. Segundo esse entendimento, não se busca vingar ou punir o fato já praticado, mas sim tão só evitar a prática de novas infrações penais. Há, portanto, uma clara distinção em relação à prevenção

²⁶ CIRINO DOS SANTOS. *Ibidem*. p 460.

²⁷ CIRINO DOS SANTOS. Juarez. **A Criminologia Radical**. 2 ed. Curitiba: *Lumen Juris*.2006. p. 81.

geral, eis que não se foca na coletividade. Desta teoria se retira, portanto, a clara pretensão de evitar a reincidência.

Dentre as divisões da prevenção especial, a prevenção positiva propugna a ressocialização do delinqüente mediante sua correção. Propõe, assim, a pena gerida ao tratamento do delinqüente, com o claro propósito de modificar sua personalidade.

De outro vértice a prevenção negativa almeja tanto a intimidação ou inocuização através da intimidação, como a neutralização mediante a privação da liberdade, daqueles considerados como não são corrigíveis. Em assim sendo, a prevenção especial negativa objetiva neutralizar a possível nova ação delitiva, mediante o isolamento provisório (perda da liberdade), ou mesmo mediante o assassinio do criminoso.

Teoria da Prevenção Geral

A teoria da prevenção geral, ao oposto da prevenção especial, foca-se na generalidade da população, na perspectiva de que a ameaça de punição à infração, cause no delinqüente em potencial um sentimento tal de intimidação que o impeça de cometer o ilícito pretendido. De outro vértice, objetiva a consolidação junto à população do primado da lei, repetidamente mencionada pelos agentes estatais em fórmulas vazias, *ex vi* a de “credibilidade da justiça”

Em assim sendo, a pena, sob esse enfoque, caracteriza-se como meio de intimidação das pessoas tendentes a prática de infrações penais

através da angústia pela possibilidade de perda da liberdade, evitando assim a prática de crimes na fase da *cogitatio*.

Ocorre que referida teoria, em princípio, apropriada, resta utilizada pelo poder estatal como forma de justificação de excessos aplicados ou na quantidade de crimes previsto no rol do Código Penal e nas leis extravagantes, ou no *quantum* de pena abstratamente previsto para cada infração, ou, por fim, em vedações à progressão de regime prisional, tal qual ocorre no Brasil sempre que surge um delito dito de “comoção social, como, por exemplo, a criação da malfadada Lei dos Crimes Hediondos.

Outrossim, referida tese releva-se completamente antidemocrática, eis que os efetivamente condenados recebem penas exarcebadas não porque esta seria “necessária para a sua correção e reinserção na sociedade, ma simplesmente em decorrência da idéia de que, assim, outras pessoas não repetirão seu exemplo. Nesse diapasão, verifica-se a lição de CIRINO DOS SANTOS, baseado em CLAUS ROXIN, *verbis*:

Além disso, a crítica jurídica destaca dois obstáculos insuperáveis da prevenção geral *negativa* fundada na ameaça penal: primeiro, a falta de *critérios limitador* da pena transforma a prevenção geral negativa em verdadeiro terrorismo estatal – como indica, por exemplo, a *lei de crimes hediondos*, essa frustrada inovação do legislador brasileiro; segundo, a natureza *exemplar* da pena como prevenção geral *negativa* viola a dignidade humana, porque *acusados reais* são punidos de forma *exemplar* para influenciar a conduta de *acusados potenciais*, ou seja, aumenta-se injustamente o sofrimento de *acusados reais* para desestimular o comportamento criminoso de *acusados potenciais*.²⁸

Interessante notar que BECCARIA, há cerca de duzentos anos, já preconizava que para a intimidação do criminoso em potencial não teria

²⁸ CIRINO DOS SANTOS. *Op. cit.* p. 461.

relevância a quantidade de pensa, mas, tão só, a sua inevitabilidade. Isso porque enquanto o criminoso tenha a esperança de não ser punido pelo crime que tenciona cometer, há a chance do delito ser cometido, todavia, quando esta esperança se esvanece por completo, só o indivíduo insano praticaria o delito.

Outra crítica da teoria da prevenção geral negativa consiste na comprovação da cifra negra da criminalidade, a qual consiste na diferença entre o real número de infrações penais praticadas em relação àquelas efetivamente apuradas pela autoridade policial, processadas e punidas pelo poder judiciário, e efetivamente apenadas pelo sistema carcerário. Para se ter uma idéia das proporções da cifra negra da criminalidade, estimativas apontam que mais de 90% das infrações penais cometidas não resultam na resposta penal. Em assim sendo, resta inequívoca a falsidade do discurso de proteção à coletividade, eis que o Estado efetivamente faz a seleção daqueles criminosos que se deseja verem cumprindo pena.

Já referente à prevenção geral positiva, esta se diferencia da prevenção geral negativa na medida em que, enquanto a teoria negativa utiliza-se da intimidação como controle para novas práticas delituosas, a teoria positiva objetiva à consciência jurídica da coletividade. ROXIN destaca três efeitos da prevenção geral positiva: o sócio-pedagógico, oriundo da atividade do judiciário, o de reforço na confiança jurídica decorrente da “distribuição da justiça”, e por fim, o de pacificação, onde a coletividade se sente tranqüila quando observa a punição sendo aplicada ao criminoso. Nesse sentido, observa-se a lição do mestre germânico:

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". Actualmente se le suele atribuir a este punto de vista un mayor significado que el mero efecto intimidatorio.

En realidad, en la prevención general positiva se pueden distinguir a su vez tres fines y efectos distintos, si bien imbricados entre sí: el efecto de aprendizaje, motivado socialpedagógicamente; el "ejercicio en la confianza del Del derecho que se origina en la población por la actividad de la justicia penal; el efecto de confianza que surge cuando el ciudadano ve que el Derecho se aplica; y, finalmente, el efecto de pacificación, que se produce cuando la conciencia jurídica general se tranquiliza, en virtud de la sanción, sobre el quebrantamiento de la ley y considera solucionado el conflicto con el autor. Sobre todo al efecto de pacificación, mencionado en último lugar, se alude hoy frecuentemente para la justificación de reacciones jurídicopenales con el término de "prevención integradora".²⁹

Em contrapartida à ROXIN, JACOBS afirma que o delito pressupõe a frustração das expectativas normativas, sendo, assim de cunho negativo. Todavia, aponta o lado positivo do crime na afirmação do direito, ou seja, toda vez que se pune um crime o direito restará reafirmado perante a sociedade.

Teoria Retributiva da Pena

A teoria retributiva da pena propugna que a pena objetiva unicamente a retribuição do delito, respondendo um mal com a prática de outro mal, todavia institucionalizado contra o autor do crime. Segundo os preceitos dessa teoria, a pena seria tão só a expiação do delito. Cumpre lembrar que a palavra "penitenciária" tem como raiz a palavra "penitência", o que, de *per si*, demonstra o intento da pena como penitência pela prática

²⁹ ROXIN. Claus. **Derecho Penal**. Parte General. Tomo I. Madri: 1997. Ed. Civitas. p. 91.

de um delito, objetivando punir pelo sofrimento o ato injusto praticado, algo semelhante ao que ocorre na vida monástica, com a penitência como contra-medida do pecado.

Portanto, segundo essa teoria, a pena se exaure simplesmente no mal aplicado ao criminoso, como mera compensação do mal praticado. Caracteriza-se, portanto, como a simples aplicação da vingança contra o indivíduo criminoso, não possuindo qualquer característica de legitimidade exigível nas sociedades democráticas de direito, sendo, portanto, uma doutrina que se revelar estranha e inimiga de qualquer tentativa de re-socialização do delinqüente e de restauração da paz junto à sociedade.

Teorias Mistas ou unificadas da pena.

As teorias mistas ou unificadoras objetivam agrupar em um conceito único os fins da pena, unificando as noções essenciais das teorias absoluta e relativa da pena. Compreende-se, deste modo a retribuição, a prevenção geral e a prevenção especial "Entende-se que a retribuição, a prevenção geral e a prevenção especial como presentes no fenômeno da pena, uma não anulando ou interferindo na outra. Sobre as teorias unificadores, discorre CIRINO DOS SANTOS:

Finalmente, as modernas *teorias unificadas* da pena criminal representam uma combinação das *teorias isoladas*, realizada com o objetivo de superar as deficiências de cada teoria, mediante fusão das funções *declaradas* ou *manifestas* de *retribuição*, de *prevenção geral* e de *prevenção especial* da pena criminal. Assim, a pena que representaria (a) *retribuição* do injusto realizado, mediante *compensação* ou *expição* da culpabilidade, (b) *prevenção especial positiva* mediante *correção do autor* pela ação pedagógica da execução penal,

além da prevenção especial *negativa* como segurança social pela *neutralização* do autor e, finalmente, (c) prevenção geral *negativa* através da *intimidação* de criminosos potenciais pela ameaça penal e prevenção geral *positiva* como *manutenção/reforço da confiança* na ordem jurídica.³⁰

As teorias unificadas afirmam a insuficiência das teorias absolutas e relativas, as quais apresentariam âmbito de atuação delimitado, não abrangendo a complexidade do fenômeno do crime e da pena. Em assim sendo, apresentando a adesão das teorias principais, a teoria unificada tenciona esgotar o estudo dos fins da pena. Cumpre fazer notar que essa teoria, considerada moderna, nada mais fez do que reciclar velhos conceitos das teorias anteriores, incidindo, portanto, em seus equívocos, nada resolvendo acerca da problemática da pena. Todavia, restou adotada pelas legislações penais modernas, inclusive a brasileira, conforme se observa da dicção do art. 59, *in fine*, do estatuto repressivo pátrio: “*conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime*”. Oportuno transcrever, nessa oportunidade o escólio de CIRINO DOS SANTOS:

Assim, por exemplo, o Código Penal alemão adota as *teorias unificadas* da pena criminal, porque o § 46 do *Strafgesetzbuch* define *culpabilidade* como fundamento da pena (retribuição), determinada conforme os *efeitos esperados para a vida futura do autor* na comunidade (prevenção especial), enquanto o § 47 menciona o objetivo de *defesa da ordem jurídica* (prevenção geral) – nesse sentido, o Tribunal Constitucional alemão atribui à pena criminal a função *absoluta* de retribuição da culpabilidade, assim como as funções *relativas* de prevenção do crime e de ressocialização do delinqüente. No Brasil, o Código Penal consagra as *teorias unificadas* ao determinar a aplicação da pena “*conforme seja necessário e suficiente para **reprovação e prevenção do crime***” (art. 59, CP): a *reprovação* exprime a idéia de *retribuição* da culpabilidade; a *prevenção do crime* abrange as modalidades de *prevenção especial* (neutralização e correção do autor) e de *prevenção geral*

³⁰ CIRINO DOS SANTOS. *Op. cit.* p. 463/464.

(intimidação e manutenção/reforço da confiança na ordem jurídica) atribuída à pena criminal.³¹

Interessante notar que, embora seus adeptos advoguem a unificação das teorias, sua ênfase ora recai na retribuição, ora na prevenção. Assim, por exemplo, verificam-se as posições de JESCHECK e ROXIN. Para JESCHECK, segundo CIRINO DOS SANTOS, deve-se proceder à ênfase na retribuição, pois a unidade de repressão e prevenção visa precipuamente prevenir futuros delitos.³²

Em contrapartida, a visão de ROXIN propõe que a pena possui o fim único preventivo, eis que as leis penais somente se justificam quando possuem a finalidade de proteger a liberdade e a ordem social. Em razão disso, a prevenção especial e geral devem ser unificadas como fins da pena, objetivando evitar os delitos em dois aspectos: no aspecto de influência na pessoa, bem como no de influência na coletividade.

Referente ao efeito de ressocialização, afirma ROXIN que este ocorre tão só por livre e espontânea vontade do condenado, pois, do contrário, estar-se-ia a violar o direito à personalidade do preso, o que seria de todo inadmissível.

Afirma, por fim, o doutrinador germânico que, mesmo ciente do fracasso do processo de socialização do delinqüente, a teoria da pena seria válida em decorrência do fim de prevenção geral, o qual se constituiria como suficiente para legitimar a pena.

A teoria dialética unificadora de ROXIN afirma a necessidade que o direito de punir estatal seja analisado em três momentos distintos, quais

³¹ Idem. p. 454/455.

³² CIRINO DOS SANTOS. Juarez. **Teoria da pena: Fundamentos Políticos e Aplicações Judiciais**. Curitiba: *Lumen Juris* – ICPC, 2005. p. 81.

sejam, o da cominação, o da aplicação e o da execução da pena. Respeitante à cominação, importa saber qual a finalidade do Estado ao aplicar a pena, eis que a aplicação da pena demonstra a legitimidade unitária do Estado para aplicar penas.

Para o referido autor, o Direito Penal deve ser aplicado de forma subsidiária, só devendo ser aplicada quando todos os outros mecanismos de proteção oferecidos pelos outros ramos do direito se mostrarem impotentes para a solução do conflito. Caracterizar-se-ia, assim o direito como *ultima ratio*, devendo ser utilizado somente em casos excepcionalíssimos de gravidade descomunal para a coletividade. Em assim sendo, a pena criminal não deveria ser utilizada, por exemplo, como combate aos delitos patrimoniais, eis que passíveis de resolução pela via da indenização.

Limita-se, contudo, referida teoria na prevenção geral e especial, contudo, como já mencionado, os equívocos das referidas teorias continuam sob nova roupagem, como bem afirma CIRINO DOS SANTOS:

A crítica jurídica e criminológica sobre as teorias unificadas da pena criminal afirma que os defeitos das teorias isoladas não desaparecem com a reunião de funções (a) de compensar ou expiar a culpabilidade, (b) de corrigir e neutralizar o criminoso e (c) de intimidar autores potenciais de manter/reforçar a confiança no Direito. Por exemplo, completar a função de retribuição com a função de prevenção especial ou geral, significa admitir a insuficiência da retribuição sob forma de prevenção etc. Além disso, a admissão de diferentes funções da pena criminal, determinada pela cumulação de teorias contraditórias e reciprocamente excludentes, significa adotar uma pluralidade de discursos legitimantes capazes de racionalizar qualquer punição pela escolha da teoria mais adequada para o caso concreto.³³

³³ CIRINO DOS SANTOS. Juarez. **Teoria da pena: fundamentos políticos de aplicação judicial**. Curitiba: Lúmen Juris, 2005, p. 34.

Teorias correcionista e Positivista

De outro vértice, a teoria correcionalista, idealizada por Carlos Davi Augusto Roeder. Decorrente da teoria da prevenção especial, entendia a pena como medida profilática, que, enquanto protegia a coletividade, efetuava o tratamento e recuperação do criminoso.

Já a teoria positivista, representada pelo pensamento relativista, considera a pena não como retribuição do crime, mas tão só como meio de defesa da coletividade.

Teoria Agnóstica da Pena

A teoria agnóstica aparece com o claro intento de refutar as finalidades declaradas da pena, inclusive sua finalidade mais “moderna”, qual seja, a prevenção geral positiva.

Sob o ponto de vista dogmático, a teoria agnóstica é negativa, por contrariar as teorias positivas sob os seguintes argumentos: as justificativas das teorias positivas se apresentam demasiado abstratas, falsas e incompatíveis entre si. Portanto, a teoria agnóstica objetiva apresentar as finalidades latentes ou ocultas da pena. Denomina-se teoria agnóstica, porque afirma que, se existem funções da pena criminal, reconhece desconhecê-las ou simplesmente, porque não reconhece nenhuma função positiva da pena. Nesse sentido, o escólio de CIRINO DOS SANTOS:

Do ponto de vista científico, a teoria *negativa/agnóstica* da pena criminal é, antes e acima de tudo, uma teoria *negativa*

das funções *declaradas* ou *manifestas* da pena criminal, expressas no discurso oficial de *retribuição* e de *prevenção* geral e específica (positivas e negativas), rejeitadas como *falsas* pelos autores – que recuperam conceito de TOBIAS BARRETO para definir pena criminal como *ato de poder político* correspondente ao *fundamento jurídico da guerra*, em segundo lugar, é uma teoria *agnóstica* das funções *reais* ou *latentes* da pena criminal, porque renuncia à cognição dos objetivos ocultos da pena criminal, que seria múltiplos e heterogêneos.³⁴

A teoria da Retribuição Equivalente

Por fim, verifica-se a teoria da retribuição equivalente, a qual objetiva demonstrar as finalidades ocultas do sistema de persecução penal. Infere-se que, segundo a referida teoria, a sociedade capitalista baseada na relação capital/trabalho assalariado, estaria fundada na existência precípua de duas instituições, quais sejam, o cárcere e a fábrica. Segundo CIRINO DOS SANTOS, a criminologia materialista/dialética afirma a retribuição equivalente como fenômeno sócio-estrutural das sociedades capitalistas, ou seja, em todas as relações da sociedade capitalistas se verifica essa dicotomia, tendo-se como o maior exemplo o capital/trabalho assalariado, ou em culpabilidade/pena. Nesse sentido, verifica-se a lição de E. B. PASUKANIS:

A pena proporcional à culpa representa fundamentalmente o mesmo que a reparação proporcional ao dano. Esta expressão aritmética que caracteriza o rigor da sentença: tantos dias, meses, etc. de privação de liberdade, multa de tal ou qual valor, perda de certos direitos. A privação de liberdade, ditada pela sentença do tribunal, por um certo período de tempo é a forma específica pela qual o direito penal moderno, burguês-capitalista, realiza o princípio da reparação equivalente. Esta forma está inconscientemente, embora profundamente, ligada à representação do homem abstrato e do trabalho humano abstrato avaliados em tempo. Não foi por acaso que esta modalidade de apenamento foi

³⁴ CIRINO DOS SANTOS. Idem. p. 467/468.

implantada e tida como natural precisamente no século XIX, ou seja, em uma época na qual a burguesia pôde desenvolver e aprimorar todas as suas características. As prisões e celas existiam na Antiguidade e na Idade Média ao lado de outros meios de exercício da violência física. Mas os indivíduos geralmente ficavam detidos até a morte os até que pudessem pagar os danos causados.³⁵

Portanto, observa-se que, na lição do professor russo, para o Estado capitalista afigura-se claro o intento de proceder a troca da culpabilidade pela pena, tal qual uma mercadoria, eis que o Estado do capital valora todos os aspectos da vida pelo seu valor. Em assim sendo, valorou-se o trabalho humano em tempo³⁶, bem como a pena em privação de liberdade, ou seja, privação de tempo, o qual se constitui o maior valor para na sociedade capitalista.

Outrossim, o mencionado autor aduz inexistir a função da pena de prevenção, o que seria uma ficção, importando para o estado somente a troca do tempo do criminoso como “pagamento” pelo crime cometido. Nesse diapasão verifica-se a lição de CIRINO DOS SANTOS:

A estrutura material das relações econômicas do capitalismo se baseia no princípio da *retribuição equivalente* em todos os níveis da vida social: do *trabalho* pelo *salário* na produção social de bens ou serviços – apesar da expropriação de mais-valia; da *mercadoria* pelo *preço* na distribuição social de bens ou serviços – não obstante o lucro etc. Logo as formas jurídicas da formação social capitalista instituem a *retribuição equivalente*, no âmbito da responsabilidade civil, por exemplo, sob a forma do *contrato*, da *indenização* etc.; no âmbito da responsabilidade penal, a retribuição equivalente é instituída sob a forma de pena *privativa de liberdade*, como *valor de troca* do crime medido pelo *tempo* de liberdade suprimida. A *retribuição equivalente*, como valor de troca do crime nas sociedades capitalistas, está ligada ao critério geral do valor da mercadoria, determinado pela quantidade de trabalho social necessário para a sua produção: o *tempo médio* de dispêndio de energia produtiva, segundo MARX. A importância da teoria de PASUKANIS está em situar a

³⁵ PASUKANIS. *op.cit.* p. 158/159.

³⁶ PASUKANIS. *Idem.* p. 159.

retribuição equivalente no fecho da transição histórica do “sujeito zoológico” da vingança de sangue para o sujeito jurídico” da pena proporcional: a *troca igual* exclui a vingança posterior, primeiro pelo *talião*, mais tarde pela *composição* e, finalmente, se consolida como *retribuição equivalente* medida pelo *tempo* de liberdade suprimida – conforme o critério de *valor* da sociedade capitalista.³⁷

³⁷ CIRINO DOS SANTOS. **Direito Penal. Parte Geral.** *Op. cit.* p. 473/474.

CONCLUSÃO

Do presente trabalho conclui-se que as teorias tradicionais não restaram aptas a evidenciar as verdadeiras funções da pena, atuando, tão só, com o intento de legitimação do Direito Penal. Constatou-se que as funções declaradas da pena possuem eficácia simbólica, oriunda de um discurso efetuado para legitimar a manutenção do poder vigente. Ocorre que tais finalidades declaradas pelas teorias tradicionais não apresentaram qualquer comprovação prática nos quase duzentos anos da aplicação da pena privativa de liberdade conhecida nos moldes atuais, demonstrando-se, assim, o fracasso do sistema punitivo em cumprir os seus desideratos.

Quanto à prevenção geral negativa, apesar de aceitarmos que a pena possa vir a intimidar possíveis práticas delituosas, pelo medo de punição, tal consequência da pena se afigura completamente antidemocrática, eis que se utiliza do indivíduo condenado para fins de prevenir novas infrações penais, o que deveria ser de responsabilidade única do Estado. Outrossim, não há como se falar na prisão como lugar de ressocialização do delicto, eis que, como muito bem exposto pelo Dr. Evandro Lins e Silva, a prisão somente ensina a violência.

Portanto, tem-se como pacificado o fracasso do sistema punitivo Estatal, os quais somente são esclarecidos mediante o estudo dos objetivos reais e ocultos da pena, dos quais podemos sintetizar o de maior relevância. Refere-se, pois, ao fato de a prisão ser, por natureza, a instituição central de controle social das classes que concentram o poder, sustentadas pela sociedade do capital. Em assim sendo, a prisão serve como garantia das

desigualdades sociais, com a manutenção do *status quo* das classes dominantes e a opressão das classes marginalizadas, de onde se extrai a força de trabalho.

Conclui-se, pois, que a prisão nos moldes atualmente apresentada – como baluarte da sociedade capitalista – continuará a se constituir em um fracasso retumbante como resposta ao combate à criminalidade, pelo menos enquanto o sistema social vigente, baseado na dicotomia capital/trabalho assalariado persistir.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Uma Introdução à Sociologia do Direito Penal**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos Delitos e das Penas**. Tradução de Vicente Sabino Junior. São Paulo: Editora Juriscredi, 1972.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, Parte Geral**. Vol. 1. 7ª Ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2002.

CARVALHO, Salo. **Penas e Garantias**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2003.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A Criminologia Radical**. 2ª Ed. Curitiba: Editora *Lumen Juris* – ICPC, 2006.

_____ **Direito Penal. Parte Geral**. 2ª Ed. Curitiba: Editora *Lumen Juris* – ICPC, 2007.

FERRI, Enrico. **Princípios de Direito Criminal – O Criminoso e o Crime**. Bookseller Editora, 1996.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir. História da Violência nas Prisões**. 34ª Ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2007.

MARX, Karl. ENGELS, Friedrich. **Manifesto do Partido Comunista.** *in* <http://www.google.com.br/search?hl=ptBR&q=manifesto+do+partido+comunista&meta=>. Acessado em 20 de maio de 2008.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Direito Penal e Controle Social.** Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PASUKANIS, E. B. **A Teoria Geral do Direito e o Marxismo.** Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1989.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General.** Tomo 1. Tradução e Notas Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Dias Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

ZAFFARONI, Engenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro.** Vol. 1. 6ª Ed. São Paulo: RT, 2005.