

Criminologia

NA MEDIDA CERTA PARA CONCURSOS

revista e
atualizada

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

8

TEORIAS DA PENA

A pena corporal de prisão é um projeto falido¹¹, afirmação unânime entre os teóricos e entre aqueles que vivenciam a justiça criminal. Assim, é um imperativo dos nossos dias a busca por opções substitutivas do encarceramento.¹² Essa tendência não é apenas uma orientação claríssima da doutrina penal e da criminologia, mas também atinge a própria legislação (Busato, 2015, p. 948).

-
11. Foucault utiliza um jogo de palavras para representá-lo, quando afirma: “contra um mal extraordinário, o poder se levanta; torna-se em toda parte presente e visível; inventa novas engrenagens; compartimenta, imobiliza, quadricula; constrói por algum tempo o que é ao mesmo tempo a contracidade e a sociedade perfeita; impõe um funcionamento ideal, mas que no fim das contas se reduz, como o mal que combate, ao dualismo simples vida-morte: o que se mexe traz a morte e mata-se o que se mexe”. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 30. ed. Trad. de Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 169. No Brasil, é Bitencourt quem alerta que “já não se tem muitas esperanças sobre os resultados que se possa conseguir com a prisão tradicional”. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 1993. p. 143. Também Augusto Thompson refere aos *finis contraditórios atribuídos à prisão*. *A questão penitenciária*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 3 ss.
12. Assim opinam os penalistas: MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal. Parte General*. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 515; DOTTI, René. *Base e alternativas para o sistema de penas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 369; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Novas Penas Alternativas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 4. A opinião, porém, é também compartilhada por vários estudos de criminologia, v. g.: MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. *Introdução à Criminologia*. Trad. de Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 301 ss, inclusive alguns de corte abolicionista, como Thomas Mathiesen. *Juicio a la prisión*. Trad. de Amanda Zamuner. Buenos Aires: Ediar, 2003. p. 300 ss, quem refluí de posicionamentos anteriores à raiz das considerações de Maeve McMahon. *The persistent prison? Rethinking Decarceration and Penal Reform*. Toronto-Buffalo-London: University of Toronto, 1992, quem comprovou empiricamente a contribuição das penas alternativas para a redução do encarceramento.

Ainda assim, mantenho-me fiel ao propósito da obra e irei abordar os principais aspectos doutrinários sobre as finalidades da pena, sem deixar de expor, de forma sucinta, as críticas feitas pela doutrina.

É importante analisarmos alguns aspectos da passagem de uma concepção retributiva da pena a uma formulação preventiva desta. Justifica-se, por isso, um exame das diversas teorias que explicam o sentido, função e finalidade das penas, pelo menos das três vertentes mais importantes: teorias absolutas, teorias relativas (prevenção geral e prevenção especial) e teorias unificadoras ou ecléticas (Bitencourt, 2020).

8.1 TEORIAS ABSOLUTAS OU RETRIBUTIVAS DA PENA

A ideia é simples: pena é castigo, punição. Retribui-se o mal com o mal. As teorias absolutas (Kant, Hegel) entendem que a pena é um imperativo de justiça, negando fins utilitários; pune-se porque se cometeu o delito (*punitur quia peccatum est*). Com eles, a pena era considerada como um ideal de justiça, portanto, não tinha nenhum fim. Ainda assim, não se pode negar que o Direito Natural racional e com ele as teorias absolutas das penas contrapuseram critérios materiais e limites para determinar um Direito penal mais justo, com base na razão humana, e sentaram os critérios de limites da pena, como logo observaremos.

Hegel define crime como *negação do direito* e pena como *negação do crime*, portanto, como *reafirmação* do direito, e considera a justiça retributiva a única digna do ser humano: criticou a teoria da *coação psicológica* de Feuerbach porque não tratava o homem como ser “*dotado de honra e liberdade*”, mas como um cão ameaçado com um bastão (Busato, 2015, p. 745).

Passa a fazer mais sentido a ideia de pena em sentido absoluto quando analisamos o tipo de Estado em que ela surge. As características mais significativas do Estado absolutista eram a identidade entre o soberano e o Estado, a unidade entre a moral e o Direito, entre o Estado e a religião, além da metafísica afirmação de que o poder do soberano lhe era concedido diretamente por Deus.

Com o iluminismo e o contrato social, o discurso retributivo ganha novos elementos de justificação. A denominada Escola Clássica,

por exemplo, foi construída com os fundamentos de uma responsabilidade penal baseada no livre-arbítrio e na culpabilidade individual. A liberdade constitui um atributo indispensável da vontade, de maneira que esta não pode existir sem aquela. Sem liberdade era impossível o Direito penal.

A pena, para essa escola, deve ser necessária e limitada pela culpabilidade e considerada como um ideal de justiça. Portanto, a pena não devia ter nenhum fim. A pena ou sanção não tem influência alguma nem em relação ao caráter da estrutura das normas e do sistema jurídico, mas simplesmente faz o papel de um mal ou retribuição. Necessariamente, o fundamento da pena retributiva se centrará na culpabilidade entendida no sentido clássico, isto é, reprovação pessoal que se faz ao sujeito por não haver atuado de outro modo podendo havê-lo feito.

Tudo isso leva a propor o livre-arbítrio como fundamento do poder de decisão, e como o fundamento da pena. A escola Clássica extrai das ideias Iluministas o princípio de legalidade e a humanização dos castigos. Essa teoria teve uma forte carga jusnaturalista, já que a lei positiva tinha que se subordinar à lei natural, mediante o emprego do método lógico-abstrato. O emprego do método racional para o estudo do Direito positivo, mediante a lógica abstrata, concedeu ao estudo do Direito uma conotação dogmática.

Na doutrina, a finalidade retributiva da pena não é livre de críticas. A crítica jurídica da função retributiva tem por objeto a natureza expiatória ou compensatória da pena criminal: retribuir, 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 (Roxin, 1993, p. 43-44).

Não é democrático porque no Estado Democrático de Direito (a) o poder é exercido em nome do povo, e não em nome de Deus, e (b) o Direito Penal tem por objetivo proteger bens jurídicos, e não realizar vinganças. 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*, presente em fórmulas famosas como o *poder de agir de outro modo* de Welzel, não admite prova empírica (Santos, 2012, p. 423).

8.2 TEORIAS RELATIVAS

Encontram o fundamento da pena na **necessidade de evitar a prática futura de delitos** (*punitur ut ne peccetur*) - concepções utilitárias da pena. Não se trata de uma necessidade em si mesma, de servir à realização da justiça, mas de instrumento preventivo de garantia social para evitar a prática de delitos futuros (*poena relata ad effectum*). Isso quer dizer que a pena se fundamenta por seus fins preventivos, gerais ou especiais, justifica-se por razões de utilidade social.

Para chegarmos à conclusão acima, precisamos entender o processo evolutivo que levou ao surgimento das teorias relativas. O trânsito de um Estado liberal a um *Estado Social* no sentido utilitarista trouxe consigo novos enfoques aos fundamentos da pena. Nesse novo Estado se questiona que a pena se fundamenta unicamente na retribuição, ausente de toda finalidade social.

Beccaria é um dos máximos representantes do contratualismo. Já em suas propostas ideológicas sustenta a necessidade de utilidade das penas. Estas deveriam ser necessárias à manutenção do Contrato Social para lograr a felicidade dos homens. As penas, nesse sentido, antes de castigar teriam que evitar a comissão de delitos (Bustos Ramírez, 1984, p. 22).

De qualquer modo, a ideia de utilidade da pena da qual se partia no Contrato Social não era semelhante às construções utilitaristas de prevenção geral ou prevenção especial que surgiram posteriormente.

A esse respeito, Bustos Ramírez (1984, p. 22) sustentou que a prevenção adquiria um sentido completamente diferente ao situar a finalidade da pena fora do contexto das estruturas do sistema, colocando um manto de esquecimento sobre este e as próprias leis, identificando o delito como algo alheio tanto a um como às outras.

Logo, ao reclamo surgido do Contrato Social de que as penas deveriam ser úteis, surgiu o discurso do fim de prevenção da pena. O fim último da imposição da pena na prevenção é o de evitar a comissão de delitos. Para atingir esses propósitos, a imposição da pena foi tratada a partir de dois ângulos: a prevenção geral, na linha de Feuerbach, que pretende provocar na psique coletiva uma sensação de desagrado para impedir a comissão do delito; e a prevenção especial, na linha da Escola

positiva, que atua sobre o indivíduo procurando lograr sua recuperação ao entorno social, sem o perigo de que volte a cometer novos delitos.

Ao contrário da Escola Clássica, que baseava a imputabilidade no livre-arbítrio e na culpabilidade individual do sujeito, a Escola Positiva se baseou no determinismo para poder explicar, com base a uma concepção naturalística, a causalidade dos fatos individuais e sociais. Com o livre-arbítrio, a responsabilidade é moral; com o determinismo, a responsabilidade é social. Ao lado das penas aparecem as medidas de segurança, que nessa nova concepção utilizam a periculosidade do sujeito (ilimitada) e não a gravidade do delito como limite. O critério da periculosidade, como era de se esperar, implicava atuar diretamente sobre o indivíduo com a finalidade de reabilitá-lo socialmente, para que não viesse a cometer delitos no futuro. As medidas de segurança, nessa ordem, se converteram em reações desproporcionais ao delito cometido e indeterminadas no tempo.

O emprego do método experimental (causal-mecanicista) caracterizou essa escola e todos os campos do saber humano da época. Podemos dizer que o Contrato Social impôs o princípio de legalidade e com base em um juízo racional reclamou, junto ao imperativo da proporcionalidade, uma finalidade *utilitária*, critérios estes que podem ser conciliados dentro de um Estado social e democrático de Direito (Busato, 2015, p. 748).

A ideia de prevenção, fruto das teorias relativistas, não é imune às críticas, mas deixarei para tratá-las após a análise das espécies de prevenção.

8.2.1 Prevenção geral (positiva e negativa)

As teorias da **prevenção geral** têm como fim a prevenção de delitos incidindo sobre os membros da coletividade social. Quanto ao modo de alcançar este fim, as teorias da prevenção geral são classificadas atualmente em duas versões: de um lado, a **prevenção geral negativa** ou intimidatória, que assume a função de dissuadir os possíveis delinquentes da prática de delitos futuros através da ameaça de pena, ou predicando com o exemplo do castigo eficaz; e, de outro lado, a **prevenção geral positiva** que assume a função de reforçar a fidelidade dos cidadãos à ordem social a que pertencem.

8.2.1.1 *Prevenção geral negativa*

A prevenção geral *negativa* aparece na forma tradicional de *intimidação penal*, expressa na célebre teoria da *coação psicológica* de Feuerbach: o Estado espera que a *ameaça* da pena desestimule pessoas de praticarem crimes (Santos, 2012, p. 426).

Idealiza-se o castigo como um exemplo. Como algo voltado a dissuadir pela demonstração de desagrado e pela geração de um prejuízo.

Dessa maneira, a intimidação ou coação psicológica (efeito dissuasório) pretende atuar em dois momentos: em uma primeira etapa, antes da comissão do delito, com a “*cominação penal*” dirigida à generalidade das pessoas, provocando uma sensação de desagrado e impedindo a comissão do delito; e, em um segundo momento, posterior ao fato delitivo, mediante a “*execução exemplarizada da pena*” e sua influência psicológica em outros, já que do contrário se esvaziaria a ameaça inicial.

Feuerbach estava firmemente convencido de que a solução para o problema da criminalidade se encontrava precisamente no Direito penal. As duas ideias básicas que compõem essa teoria são a intimidação pela utilização da ameaça às pessoas e a confiança na ponderação e racionalidade do homem, o qual, posto diante do dilema da ameaça de pena, preserva o controle sobre seus impulsos de autossatisfação permanente.

Justamente essa ideia de dissuasão pela ameaça fez com que mais tarde essa teoria passasse a receber a adjetivação de *negativa*, visando diferenciá-la de uma chamada *prevenção geral positiva*, que visaria a *afirmação* de determinados aspectos coletivos e não a *intimidação* (Busato, 2015, p. 759).

8.2.1.2 *Prevenção geral positiva*

A teoria em análise possui diversas variantes¹³, mas de um modo geral pode-se afirmar que a prevenção geral positiva considera que a

13. A base sociológica da teoria foi desenvolvida por Niklas Luhmann, que atribui ao Direito as funções (a) de estabilização do sistema social, (b) de orientação da ação e (c) de institucionalização de expectativas normativas. Nessa linha, aparecem duas variantes: a) ROXIN concebe a prevenção geral *positiva* no contexto de outras funções *declaradas* da pena criminal, legitimada pela *proteção de bens jurídicos*, de natureza *subsidiária* (existem outros meios mais efetivos) e *fragmentária*

pena, enquanto instrumento destinado à estabilização normativa, justifica-se pela produção de efeitos positivos consubstanciados no fortalecimento geral da confiança normativa (“estabilização da consciência do direito”). Consequentemente, a pena encontra sua legitimação no incremento e reforço geral da consciência jurídica da norma.

Em linhas gerais, três são os efeitos principais que se vislumbram dentro do âmbito de atuação de uma pena fundada na prevenção geral positiva: em primeiro lugar, o efeito de aprendizagem, que consiste na possibilidade de recordar ao sujeito as regras sociais básicas cuja transgressão já não é tolerada pelo Direito Penal; em segundo lugar, o efeito de confiança, que se consegue quando o cidadão vê que o Direito se impõe; e, por derradeiro, o efeito de pacificação social, que se produz quando uma infração normativa é resolvida através da intervenção estatal, restabelecendo a paz jurídica (Prado, 2014, p. 447).

8.2.2 Críticas à teoria da prevenção geral

A crítica da prevenção geral *negativa* destaca a ineficácia da *ameaça penal* para inibir comportamentos criminosos, conforme indicam a *inutilidade* das cruéis penas corporais medievais e a *nocividade* das penas privativas de liberdade do Direito Penal moderno. Aliás, afirma-se que não é a gravidade da pena – ou o rigor da execução penal –, mas a certeza (ou a probabilidade) da punição que pode desestimular o autor de praticar crimes – uma velha teoria já enunciada por Beccaria (Santos, 2012, p. 427).

Uma outra crítica importante, é que, para parte da doutrina, a utilização de indivíduos como exemplos de punição (natureza exemplar da pena), eleva-o a meio e não fim do direito penal, instrumentalizando o homem, o que viola o princípio da dignidade da pessoa humana.

(proteção parcial dos bens jurídicos selecionados); b) JAKOBS concebe a prevenção geral *positiva* de modo absoluto, excluindo as funções *declaradas* de intimidação, de correção e de retribuição do discurso punitivo: a pena é *afirmação da validade da norma penal violada* – definida como *bem jurídico-penal*³⁰, categoria formal substitutiva da categoria real do *bem jurídico* –, aplicada com o objetivo de *estabilizar as expectativas normativas* e de *restabelecer a confiança no Direito*, frustradas pelo crime. (Santos, 2012)

No tocante à prevenção geral positiva, quando determinados autores afirmam que a pena possibilita “a garantia da confiança dos cidadãos na validade da norma” e funciona como “um mecanismo contrafático de restabelecimento da vigência da norma e de descrédito de sua vulneração”, faz-se referência, na verdade, à função de exemplaridade da pena justa, isto é, da pena retributiva e proporcional à gravidade do delito.

Em síntese, uma pena justificada pela denominada prevenção geral positiva nada mais é do que a pena retributiva, pois que a aplicação de uma pena à infração delitiva perpetrada conduz à realização de seu efeito preventivo estabilizador, de maneira que “a mudança de etiquetas não afeta em absoluto o conteúdo da pena, que é reafirmação do ordenamento jurídico, ou seja, retribuição justa” (Prado, 2014, p. 488).

8.2.3 Prevenção especial (positiva e negativa)

A teoria da prevenção especial procura evitar a prática do delito, mas, ao contrário da prevenção geral, dirige-se exclusivamente ao delinquente em particular, objetivando que este não volte a delinquir. O programa de prevenção especial definido na sentença criminal é realizado pelos técnicos da execução da pena criminal, os chamados ortopedistas da moral, na concepção de Foucault (Foucault, 1977, p. 15), com o objetivo de promover a harmônica integração social do condenado.

Essa prevenção de reincidência ocorre em duas vertentes (Santos, 2012).

8.2.3.1 Prevenção especial negativa

Baseada na ideia de neutralização forçosa dos impulsos criminais de que presumivelmente o autor de delito é portador, mediante a segregação e o afastamento deste do convívio social (não à toa verifica-se um profundo desenvolvimento e vasta aplicação de medidas de segurança de prazo indeterminado nesse período), incapacitando-o para a prática de outros crimes durante a execução da pena.

8.2.3.2 Prevenção especial positiva

Voltada à face corretiva. Parte-se da consideração que o autor de um delito é portador de um desvio social que demanda uma correção.¹⁴ Daí que o discurso da pena se converte na falácia de “corrigir” ou “curar” o criminoso, tarefa já não exclusiva dos juízes, mas distribuída entre sociólogos, psicólogos, psiquiatras e outros funcionários do sistema penal, todos encarregados da realização de uma espécie de *ortopedia moral*.

Em resumo:

Prevenção geral <i>A pena se dirige à sociedade, intimidando os propensos a delinquir.</i>	Prevenção especial <i>Atenta para o fato de que o delito é instado por fatores endógenos e exógenos, de modo que busca alcançar a reeducação do indivíduo e sua recuperação.</i>
Negativa: função de dissuadir os possíveis delinquentes da prática de delitos futuros através da ameaça de pena, ou predicando com o exemplo do castigo eficaz	Negativa: voltadas à eliminação ou neutralização do delinquente perigoso.
Positiva: que assume a função de reforçar a fidelidade dos cidadãos à ordem social a que pertencem.	Positiva: dirigidas à reeducação do delinquente.

8.2.4 Críticas às teorias de prevenção especial

A prevenção especial negativa de neutralização do condenado parece indiscutível, porque, de fato, a prisão impõe a incapacitação seletiva de indivíduos considerados perigosos, impedindo a prática de crimes fora dos limites da prisão. As críticas mais severas da doutrina e da sociedade em geral estão direcionadas à prevenção especial positiva e o seu projeto de recuperação individual por meio da disciplina.

14. Nesse sentido, comenta Bitencourt que o delito não é simplesmente a violação da norma jurídica, mas, antes de tudo um perigo social. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão...* cit., p. 123.

O reconhecimento da ineficácia corretiva da prevenção especial *positiva* e dos efeitos nocivos da prevenção especial *negativa* atribuídos à pena privativa de liberdade são diluídos, por frequentes declarações simplistas de que *ainda não temos nada melhor* do que a prisão.

8.3 TEORIAS UNIFICADORAS OU ECLÉTICAS

As **teorias unificadoras ou ecléticas** conjugam as duas primeiras, sustentando o caráter retributivo da pena, mas acrescentam a este os fins de reeducação do criminoso e intimidação. Predominantes, na atualidade, buscam conciliar a exigência de retribuição jurídica da pena, mais ou menos acentuada, com os fins de prevenção geral e de prevenção especial.

O que se observa é que a ideia de retribuição jurídica, reafirmação da ordem jurídica, num sentido moderno e secular da palavra, não desaparece, inclusive se firma como relevante para a fixação da pena justa que tem na culpabilidade seu fundamento e limite. De certa maneira, conjugam-se expiação (compensação da culpabilidade) e retribuição (pelo injusto penal).

Na verdade, o termo técnico apropriado, mais consentâneo para exprimi-la, vem a ser *neorretribuição* ou *neorretribucionismo*, e não propriamente retribuição, já que tem fundamento próprio, diverso da noção clássica, e relativizado. De acordo com esse direcionamento, assevera-se que a pena justa é provavelmente aquela que assegura melhores condições de prevenção geral e especial, enquanto potencialmente compreendida e aceita pelos cidadãos e pelo autor do delito, que só encontra nela (pena justa) a possibilidade de sua expiação e de reconciliação com a sociedade. Dessa forma, a retribuição jurídica torna-se um instrumento de prevenção, e a prevenção encontra na retribuição uma barreira que impede sua degeneração (Prado, 2014, p. 452).

8.4 O DISCURSO CRÍTICO DA TEORIA CRIMINOLÓGICA DA PENA

As inovações e descobertas da criminologia radical, começaram a compor um discurso crítico do próprio sistema penal, manejando fundamentos irrefutáveis como a cifra negra, a teoria do *labelling approach* e a ideia dos processos de criminalização levando à elaboração de discursos críticos do sistema penal em si (Busato, 2015, p. 790).

Entre as correntes criminológicas, sustentou-se que o Direito penal evidencia sua incapacidade como instrumento de controle social, e que, pelo contrário, constitui um instrumento criminalizador. Com isso, colocou-se em evidência o sistema penal em sua totalidade.

Descobriu-se fundamentalmente que o próprio sistema penal era a fonte primeva da criminalidade, o que conduziu às conclusões sobre a necessidade de sua redução e até do seu desaparecimento. Por isso, se propõe, segundo algumas perspectivas, a abolição do Direito penal. Em outra vertente, mais moderada, porém, incongruente para com sua própria crítica, pretende-se o reducionismo garantista do sistema de imputação.

Vamos tratar as principais teorias críticas da forma mais objetiva possível, de modo a proporcionar um acesso simples e eficaz às principais ideias de cada teoria.

8.4.1 A crítica negativa/agnóstica da pena criminal

Partindo também da base analítica política de comparação entre o estado de direito e o estado de polícia, Nilo Batista e Zaffaroni propõem a chamada teoria negativa/agnóstica da pena (Zaffaroni et al., 2003, p. 94-95). Em linhas gerais, a teoria agnóstica da pena criminal nega, por completo, que a pena cumpra as funções declaradas da pena.

Zaffaroni entende que enquanto o estado de direito compõe um projeto, ainda não realizado de afirmação do bom pela maioria, com preservação do direito da minoria, o estado de polícia pretende impor sua decisão com base em pretensões de um segmento dirigente determinado. Enquanto o primeiro trata de buscar acatamento a regras de convivência pré-estabelecidas, o segundo visa impor obediência como forma de governo.

Essa contraposição, expõe extremos, de modelos ideais, que não existem, na realidade. A realidade é composta pela mescla desses extremos, que se manifesta nas próprias agências de realização dos dois sistemas que convivem desarmonicamente. Enquanto as agências do estado de direito buscam a solução de conflitos sociais, as agências do estado de polícia visam a supressão dos conflitos.

A partir dessa constatação, os autores buscam identificar as características da pena, descortinando, com a mesma terminologia empregada pela teoria materialista/dialética, o que são as funções manifestas e as funções latentes da pena (Busato, 2015, p. 794). A teoria negativa/agnóstica da pena criminal tem por fundamento modelos ideais de estado de polícia e de estado de direito, coexistentes no interior do Estado moderno em relação de exclusão recíproca assim sintetizados.

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

O estado de direito (Zaffaroni et al., 2003, p. 94-95) caracteriza-se pelo exercício de poder horizontal/democrático e pela distribuição de justiça procedimental da maioria, expressiva de direitos humanos fraternos, que resolve os conflitos humanos conforme regras democráticas estabelecidas, com redução ou limitação do poder punitivo do estado de polícia.

Os autores demonstram a falsidade dos discursos oficiais justificantes da pena e entendem que qualquer tentativa de racionalização da pena será sempre constituída por uma dissimulação do modo real do exercício do poder punitivo e ao mesmo tempo, uma legitimação deste. Portanto, coerentes com essas conclusões, propõem o abandono da pena como instrumento. Assim, propõem que 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”. Com isso, pretendem ter apresentado um conceito negativo porque não concede qualquer caráter positivo à pena e é obtido por exclusão.

De outro lado, os autores ainda adotam uma postura agnóstica em face da busca de alguma função real para a pena, com isso distancian-do-se fundamentalmente da perspectiva materialista/dialética, porque confessa a inutilidade da pretensão de conhecimento da instrumentalização da pena em face de suas funções latentes. Evidentemente, os

autores não negam a possibilidade de existência de conflitos que necessitam de formalização, ainda que não tenham qualquer possibilidade de composição, que são justamente aqueles cuja intolerabilidade social os transporta para a esfera penal.

Entendem ainda que dada a estrutura existente de criminalização primária, a forma de busca de ampliar o nível de segurança jurídica para todos, mediante a redução do poder punitivo do estado de polícia e correspondente ampliação do estado de direito, se dá através do reforço do poder de decisão das agências jurídicas, de modo a exercer uma maior porosidade sistemática que favoreça o retorno da vítima à resolução do conflito e que limite tanto quanto possível o poder punitivo.

8.4.2 A crítica materialista/dialética da pena criminal

A teoria materialista ou dialética da pena criminal nasce com base nos fundamentos marxistas a respeito da sociedade e da organização dos modos de produção capitalistas. Segundo Juarez Cirino dos Santos (2012, p. 436), o objetivo fundamental da teoria materialista dialética é a crítica do sistema penal, realizada através do afastamento das funções aparentes da pena, para a correta exposição de suas funções reais.

Nesses termos, sustenta a pena como **retribuição equivalente do crime, a prevenção especial como garantia das relações sociais e a prevenção geral como afirmação da ideologia dominante.**

8.4.2.1 *Retribuição equivalente do crime*

O discurso crítico da teoria materialista/dialética pretende revelar a natureza real da pena criminal nas sociedades contemporâneas: a retribuição equivalente, contrariamente ao que pensa a crítica jurídica, não representa resquício metafísico de expiação do mal injusto do crime pelo mal justo da pena (como pretendem teóricos da prevenção), nem se reduz ao argumento antropológico de sobrevivência da vingança retaliatória no psiquismo humano, nem pode ser explicada por argumentos filosóficos do tipo imperativo categórico ou dignidade do ser humano, assim como não se confina aos argumentos legais da pena necessária e suficiente para reprovação do crime.

Vale dizer, o que sustenta na teoria materialista/dialética, é que a ideia central da pena corporal estatal não representa uma retribuição equivalente e sim uma retribuição falsamente equivalente. A pena medida em tempo de privação de liberdade representaria, então, nada mais do que reprodução, no sistema punitivo, da retribuição falsamente equivalente realizada nos demais campos das relações sociais. Assim, do mesmo modo que o trabalho equivale ao salário, desprezando a mais-valia, a mercadoria equivale ao preço, desprezado o lucro, a pena equivalerá ao critério geral de valor da mercadoria, determinada pela quantidade de trabalho social necessário para a sua produção (Busato, 2015, p. 792).

8.4.2.2 *Prevenção especial como garantia das relações sociais*

Ao tratar da relação existente entre cárcere e a marginalidade social, Alessandro Baratta traça algumas características do modelo carcerário nas sociedades capitalistas, o que nos será útil para compreender a relação desse modelo com a utilização da prevenção especial como instrumento de garantia das relações sociais (Baratta, 2002, p. 186). A comunidade carcerária tem, nas sociedades capitalistas contemporâneas, características constantes, predominantes em relação às diferenças nacionais, e que permitiram a construção de um verdadeiro e próprio modelo. As características deste modelo, do ponto de vista que mais nos interessa, podem ser resumidas no fato de que os institutos de detenção produzem efeitos contrários à reeducação e à reinserção do condenado, e favoráveis à sua estável inserção na população criminosa.

O cárcere é contrário a todo moderno ideal educativo, porque este promove a individualidade, o autorrespeito do indivíduo, alimentado pelo respeito que o educador tem dele. As cerimônias de degradação no início da detenção, com as quais o encarcerado é despojado até dos símbolos exteriores da própria autonomia (vestuários e objetos pessoais), são o oposto de tudo isso. A educação promove o sentimento de liberdade e de espontaneidade do indivíduo: a vida no cárcere, como universo disciplinar, tem um caráter repressivo e uniformizante. Exames clínicos realizados com os clássicos testes de personalidade mostraram os efeitos negativos do encarceramento sobre a psique dos condenados e a correlação desses efeitos com a duração daquele.

Assim, com base nessas premissas, a teoria materialista/dialética da pena sustenta que a prevenção especial negativa de neutralização do condenado mediante privação de liberdade representa uma incapacitação seletiva de indivíduos considerados perigosos, que é, em princípio, incontestável, porque impede a prática de crimes fora dos limites da prisão, mas que, igualmente, possui aspectos contraditórios, como demonstra a crítica criminológica (Santos, 2012): privação de liberdade produz maior reincidência, portanto, maior criminalidade, determinada pelos reais efeitos nocivos da prisão; privação de liberdade exerce influência negativa na vida real do condenado, mediante desclassificação social objetiva, redução das chances de futuro comportamento legal e formação subjetiva da autoimagem de criminoso – portanto, habituado à punição; a execução da pena privativa de liberdade representa a máxima desintegração social do condenado, com a perda do lugar de trabalho, a dissolução dos laços familiares, afetivos e sociais, a formação pessoal de atitudes de dependência determinadas pela regulamentação da vida prisional, além do estigma social de ex-condenado; a subcultura da prisão produz deformações psíquicas e emocionais no condenado, que excluem a reintegração social e realizam a chamada *self fulfilling prophecy*, como disposição aparentemente inevitável de carreiras criminosas.

8.4.2.3 *A prevenção geral como afirmação da ideologia dominante*

A prevenção geral negativa da ameaça penal pode ter efeito desestimulante em crimes de reflexão (crimes econômicos, ecológicos, tributários etc.), característicos do Direito Penal simbólico, mas não teria efeito em crimes impulsivos (violência pessoal ou sexual, por exemplo), próprios da criminalidade comum estampada nos meios de comunicação de massa.

Logo, a seletividade estaria presente também na inibição de impulsos antissociais pela ameaça penal somente seria relevante no Direito Penal simbólico, um direito destituído de eficácia instrumental e instituído para legitimação retórica do poder punitivo do Estado, mediante criação/difusão de imagens ilusórias de eficiência repressiva na psicologia do povo, mas é absolutamente irrelevante no Direito Penal instrumental, cujo objeto é delimitado pela criminalidade comum, área de incidência exclusiva da repressão penal seletiva. Da mesma forma a prevenção geral positiva, que volta sua proteção as funções sistêmicas, como finanças, tributos, energia etc., em detrimento da proteção aos direitos individuais.

Resumidamente, a conclusão a que chega a teoria materialista/dialética da pena é que a pena goza de pleno êxito, pois serve para produzir mais delito em um verdadeiro ciclo vicioso que mais não visa do que a preservação e reprodução das disparidades sociais estabelecidas, ou seja, “a prisão prisionaliza o preso que, depois de aprender a viver na prisão, retorna para as mesmas condições sociais adversas que determinaram a criminalização anterior” (Santos, 2012, p. 446).

8.5 CÁRCERE E ESTRUTURA SOCIAL: A ORIGEM HISTÓRICA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

A crítica materialista exposta no item anterior tem um antecedente que convém explicitar, porque ele responde a uma pergunta que os manuais raramente formulam: por que a pena passou a ser medida em tempo de privação de liberdade? A resposta corrente é que a prisão substituiu o suplício por razões humanitárias. A pesquisa histórica sugere outra coisa.

Em *Punição e estrutura social*, Georg Rusche e Otto Kirchheimer sustentam que as formas de punição variam conforme as condições do mercado de trabalho e o valor atribuído à força de trabalho. Onde há escassez de mão de obra, a punição tende a preservar e explorar o corpo do condenado: galés, trabalhos forçados, casas de correção. Onde há excedente populacional, a punição pode desperdiçar o corpo: mutilação, morte, degredo. A pena privativa de liberdade generaliza-se, nessa leitura, junto com a manufatura e com a necessidade de disciplinar uma força de trabalho ainda não habituada ao ritmo da produção.

Foucault, examinado no capítulo sobre prevenção, chega a conclusão convergente por outro caminho: a prisão não nasce como instituição penal, mas como técnica disciplinar já experimentada no convento, no colégio, no quartel e na oficina. E Melossi e Pavarini, em *Cárcere e fábrica*, explicitam a homologia entre as duas instituições: mesma organização do espaço, mesma decomposição do tempo, mesma economia de gestos. A pena medida em tempo é a forma punitiva de uma sociedade em que o próprio trabalho passou a ser medido em tempo.