

**FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO**

THAMYRES CRISTINA SANTOS DE LIMA

CRÍTICAS CRIMINOLÓGICAS À TEORIA DA PREVENÇÃO ESPECIAL POSITIVA

RECIFE
2022

**FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO**

THAMYRES CRISTINA SANTOS DE LIMA

CRÍTICAS CRIMINOLÓGICAS À TEORIA DA PREVENÇÃO ESPECIAL POSITIVA

Monografia apresentada à Faculdade Damas
como requisito para obtenção do título de
Bacharel em Direito
Profº Orientador: Dr. Leonardo Siqueira

RECIFE
2022

Catálogo na fonte
Bibliotecário Ricardo Luiz Lopes CRB-4/2116

L732c Lima, Thamyres Cristina Santos de.
Críticas criminológicas à Teoria da Preservação Especial Positiva /
Thamyres Cristina Santos de Lima. - Recife, 2022.
38 f.

Orientador: Prof. Dr. Leonardo Henrique Gonçalves de Siqueira.
Trabalho de Conclusão de Curso (Monografia - Direito) – Faculdade
Damas da Instrução Cristã, 2022.
Inclui bibliografia.

1. Pena. 2. Criminologia crítica. 3. Sociedade. 4. Ressocialização. I.
Siqueira, Leonardo Henrique Gonçalves de. II. Faculdade Damas da
Instrução Cristã. III. Título.

340 CDU (22. ed.)

FADIC (2022.2-020)

THAMYRES CRISTINA SANTOS DE LIMA

CRÍTICAS CRIMINOLÓGICAS À PREVENÇÃO ESPECIAL POSITIVA

Monografia apresentada à Faculdade Damas
como pré-requisito para obtenção do título
de Bacharel em Direito.

Recife, ____ de dezembro de 2022

Profº Orientador Dr. Leonardo Siqueira

Profº Avaliador

Profº Avaliador

AGRADECIMENTOS

A DEUS primordialmente, por se manter presente ao longo de toda a graduação e ter me dado força e coragem em tantos momentos de fraqueza. Sem a fé, não teria chegado onde cheguei; sem DEUS não seria quem sou hoje. À minha mãe, tão parceira e tão amiga, exemplo de garra que deixou de investir nela e em sua carreira para me proporcionar uma realidade diferente. Sempre tão carinhosa, cuidadosa e estimulante, me levantando em todos os momentos em que pensei em desistir. Mãe, amo você.

À minha avó Cristina, por ter me ensinado a sonhar sempre alto e nunca desistir desses sonhos. Por me fazer acreditar que eu poderia chegar onde eu quisesse com foco e perseverança. Vó, amo você. À minha Faculdade, em especial à assistente social Bruna, que correu comigo para realizar o sonho de fazer Direito através do ProUni, e por aquela ligação no fim de tarde me avisando que eu tinha conseguido, que fazia parte dos novatos do Curso de Direito. Aos professores, sempre solícitos e disponíveis e pelas aulas extremamente agregadoras.

Ao meu orientador, profº Leonardo, pelo cuidado e disponibilidade, pela presença constante e por todas as críticas construtivas que com certeza me fizeram e farão uma pesquisadora ainda melhor. Aos amigos, Leandro, Emilly, Gisely, Guilherme, Nami e Lucas, pela amizade de uma vida inteira, pela comemoração de todas as vitórias e enxugamento de lágrimas no momento de tristeza. Vocês são parte de mim, da construção da pessoa que sou hoje e devo muito à nossa parceria. Amo muito cada um de vocês.

Ao meu namorado Alex, por sempre me estimular a continuar, por ser um parceiro incrível, por ser um amigo leal e um homem admirável. Amo você, amor. Por fim, a todos que duvidaram de mim. Que riram quando eu disse que faria Direito, que desacreditaram na minha aprovação na OAB. Vocês foram estímulo, combustível extra para a minha garra e determinação.

RESUMO

O presente estudo teve por finalidade analisar as teorias da pena com ênfase na teoria da prevenção especial positiva sob a ótica da criminologia, em especial da criminologia crítica. Buscou-se a compreensão dos fatores externos analisados sob a visão criminológica que norteiam a ideia da ressocialização e os reflexos da não incidência desta na prática. Argumenta-se pela incongruência da ideia da reintegração social sob a ótica da teoria da prevenção especial positiva pelos fatores apontados pelos estudos criminológicos e pelo afastamento fático da realidade do sistema prisional com essa vertente. Para alcançar tal objetivo, inicialmente será abordada a visão ampla das teorias da pena, abordando as classificações absolutas e relativas, num panorama geral para compreensão do tema. Posteriormente, será apresentado o estudo essencial da criminologia, histórico da origem dos estudos, principais escolas, pensadores e por fim, sua relação com a sistemática pena, embora seja ramo autônomo das ciências humanas. Após, passa-se a analisar a teoria da prevenção especial, sua fundamentação teórica e as críticas que a criminologia propõe a ela. Será abordada a aplicação prática da ressocialização, as principais dificuldades, o contexto social a que se insere, sobretudo a quem ela se destina e como de fato ocorre a criminalização e a penalização na sociedade. Para isso, será utilizado o método qualitativo, através de referências bibliográficas e estudos que baseiam a temática. Por fim, pugna-se pela incongruência da finalidade da pena sob a ótica da prevenção especial positiva, por fatores alheios ao texto da lei, tendo em vista as diversas questões que norteiam o fenômeno da criminalidade e que não são analisadas num processo penal ou no cumprimento de uma pena.

Palavras-chave: Pena; criminologia crítica ; sociedade; ressocialização.

ABSTRACT

This study aimed to analyze the theories of punishment with emphasis on the theory of special positive prevention from the perspective of criminology, especially critical criminology. We sought to understand the external factors analyzed from a criminological perspective that guide the idea of resocialization and the effects of its non-incidence in practice. It argues for the incongruity of the idea of social reintegration from the perspective of the theory of special positive prevention by the factors pointed out by criminological studies and by the factual distance from the reality of the prison system with this aspect. In order to achieve this objective, a broad view of theories of punishment will be initially addressed, addressing absolute and relative classifications, in a general overview for understanding the subject. Subsequently, the essential study of criminology will be presented, history of the origin of the studies, main schools, thinkers and finally, its relationship with the systematic penalty, although it is an autonomous branch of the human sciences. Afterwards, the theory of special prevention is analyzed, its theoretical foundation and the criticisms that criminology proposes to it. The practical application of resocialization will be addressed, the main difficulties, the social context in which it is inserted, especially for whom it is intended and how criminalization and penalization actually occur in society. For this, the qualitative method will be used, through bibliographical references and studies that base the theme. Finally, there is an inconsistency in the purpose of the penalty from the point of view of positive special prevention, due to factors unrelated to the text of the law, in view of the various issues that guide the phenomenon of criminality and which are not analyzed in a criminal proceeding or in the execution of a sentence.

Keywords: Sentence;critical criminology; society; resocialization.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 TEORIAS DA PENA	11
2.1 TEORIAS ABSOLUTAS/RETRIBUTIVAS	11
2.2 TEORIAS RELATIVAS	14
2.2.1 Teorias da Prevenção Geral	15
2.2.1.1 Teoria da Prevenção Geral Negativa	16
2.2.1.2 Teoria da Prevenção Geral Positiva	17
2.2.2 Teorias da Prevenção Especial	18
2.2.2.1 Teoria da Prevenção Especial Negativa	19
2.3 A ADOÇÃO DA TEORIA MISTA PELO ARTIGO 59 DO CÓDIGO PENAL	19
3 CRIMINOLOGIA CRÍTICA E SISTEMA PENAL	22
4 A PREVENÇÃO ESPECIAL POSITIVA SOB A ÓTICA DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA	28
5 CONCLUSÃO	33
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	35

1 INTRODUÇÃO

Desde os primórdios das civilizações, o poder público buscou soluções diversas para enfrentar o problema da criminalidade, presente em toda história humana. Assim, lidar com a punição por parte do Estado sempre foi uma questão emblemática, visando responder de que forma isso seria feito, sob que condições e qual seria o objetivo de fato desta. O ilícito penal é uma perturbação da ordem, que obriga ao Estado, legitimado para tal, a atuar de forma incisiva para reprimi-lo.

Punir talvez seja o ato mais difícil e complexo, porque não é simplesmente castigar alguém por cometer um mal, mas trata-se de uma questão de política pública, que deve versar sobre a incidência da criminalidade e a melhor forma de combatê-la. Com esse objetivo, o instrumento do poder punitivo do Estado passou por diversas facetas ao longo da história, assumindo formas diversas de atuação e de finalidades. Buscou-se sobretudo utilizar a pena como método de resolver um conflito, uma situação que precisava ser exaurida de forma efetiva, qual seja, o crime.

Nesse sentido, o presente trabalho tem por finalidade analisar esse instrumento tão sensível e complexo que é a pena sob a vertente da teoria da prevenção especial positiva e as críticas tecidas a ela pela criminologia. Busca-se a compreensão do fenômeno criminológico, sobretudo no que diz respeito à ideia de ressocialização, extremamente presente nas sociedades contemporâneas e utópica na maioria das vezes.

Analisa-se ainda os ditames da criminologia sob a ótica do criminoso que fora ou não socializado, os impactos do estigma social de delinquência e a percepção prática da reintegração social que enfrenta dificuldades severas no sistema criminal como hoje está. Enfrentar o problema da falha constante da ressocialização e da ausência completa de mecanismos para reforçá-la é de suma importância; trata-se de uma questão de política criminal, de ordem pública.

É inevitável que o crime não seja dizimado das sociedades, mas pode ser amenizado se fatores importantes apontados pela criminologia crítica sejam levados em consideração na aplicação das penas. Nesse sentido, a problemática se insere nos objetivos da prevenção especial positiva, sobretudo na ideia de reintegração

daquele que perpassa por um sistema prisional e cumpre uma pena, por vezes antes mesmo da condenação, que não são alcançados na maioria das vezes, por questões além da prática criminosa, que norteiam tanto o indivíduo quanto a realidade em que este está inserido, e, de forma ímpar, dos estigmas sociais aplicados a determinado grupo considerado indesejável e fora do padrão.

Assim, o objetivo geral do presente estudo será apontar as incongruências fáticas da ressocialização trazida pela prevenção especial positiva sob a ótica da criminologia, de forma a relacionar os apontamentos das ciências criminológicas com onde se encontram as falhas da ressocialização como se conhece atualmente. Para alcançar esse objetivo, no primeiro capítulo serão contextualizadas as teorias da pena, abordando de início a teoria da retribuição, que nega toda e qualquer finalidade da pena, apontando esta como uma mera consequência da ocorrência do crime.

Para essa vertente, a pena não deverá servir a um fim, mas ocorre como resposta a uma perturbação da ordem social, que deve ser protegida de forma efetiva. Após, em contraponto às teorias absolutas, apresenta-se as teorias de prevenção, que assumem uma postura diversa das anteriores, alegando que não só a pena precisa servir a uma finalidade, como essa finalidade deve ter caráter preventivo, atuando no fenômeno criminoso antes que ele ocorra.

Inicialmente, apontam-se as teorias da prevenção geral positiva, cujo foco de prevenir a criminalidade volta-se para a sociedade, os efeitos da ameaça penal e o reforço à confiança da população perante às leis. Por fim, menciona-se o panorama geral da prevenção especial, dessa vez voltada às finalidades preventivas da pena perante o indivíduo criminoso, ou potencialmente criminoso. Fala-se da vertente negativa dessa teoria, baseada na intimidação, e destaca-se que a visão positiva será abordada em capítulo posterior.

Por fim, menciona-se a adoção da chamada teoria mista pelo Código Penal brasileiro. No segundo capítulo, o objeto é a criminologia. Apresentar-se-á o seu contexto histórico, primeiros estudos e noções. Posteriormente, mencionam-se as principais escolas criminológicas, iniciando pela Escola Clássica Liberal, que vai de encontro com as premissas das teorias absolutas da pena, passando para a Escola Positivista que se opõe completamente à escola anterior, porque denota que o fenômeno criminológico não é um mero exercício da liberdade de agir do indivíduo, mas fruto de fatores externos.

Menciona-se, a título de exemplo, a teoria do criminoso nato, que defendia que o delinquente nasce delinquente por fatores biológicos ou mentais. Por fim, fala-se na Escola de Chicago, primeira a relacionar o crime e o criminoso como fatores sociais, fruto de uma construção do meio em que se inserem. Ao final, menciona-se o chamado Labelling Approach, teoria do etiquetamento e seus desdobramentos na vida do indivíduo.

Finalizando, no último capítulo, analisa-se a teoria da prevenção especial, explicando brevemente as suas definições e objetivos, e busca relacioná-los com o que diz a criminologia crítica. Em que pese o objetivo válido de ressocializar aquele que fugiu à ordem da sociedade quando delinuiu, a mera pena de prisão cumprida da forma que hoje se conhece não corrobora com esse objetivo, e, mais ainda, dificulta a reintegração, pois presentes ao longo do cumprimento da pena fatores que mais afastam o indivíduo do convívio social do que aproximam.

Ademais, antes da pena de prisão, ocorre a criminalização de grupos considerados menos favorecidos, dando ao criminoso brasileiro um estereótipo padrão, que reforça a marginalização de pessoas que, por vezes, sequer cometeram crimes, mas foram vítimas desse sistema. Será utilizado o método hipotético-dedutivo, através da análise e dos suportes de bibliografias e estudos referenciais nas temáticas da criminologia e das teorias da pena.

Assim, a pesquisa será desenvolvida de forma qualitativa e bibliográfica, buscando-se contribuir para a melhor compreensão da falha concreta da ressocialização e apontando como a criminologia crítica pode contribuir para uma construção de uma futura e complexa reforma no sistema penal.

2 TEORIAS DA PENA

A punição, enquanto ferramenta do *jus puniendi* do Estado, sempre foi objeto de controvérsias, não só entre juristas mas na sociedade como um todo. A pena é a invasão mais íntima do Estado na vida privada do indivíduo, retira-se o direito à liberdade, fundamental em um Estado Democrático de Direito. Trata-se de segregar temporariamente o criminoso, para que através de métodos de reintegração, este possa retornar ao convívio social recuperado e não reincidindo.

Apesar de ser o principal objetivo da pena atualmente a ressocialização e a não reincidência, esse instrumento ímpar do poder estatal já teve diversas facetas ao longo da história, com objetivos e métodos diferenciados, na intenção de prevenir, erradicar ou simplesmente repreender o fenômeno criminológico. Parte-se do pressuposto que o crime é um mal inevitável, e que precisa ser combatido.

Pune-se por ser necessário, mas essa punição deve seguir uma premissa, uma razão de existir. Para isso, teorias diversas ao longo da história do direito penal buscaram compreender e sistematizar os fundamentos da pena face à sociedade, o indivíduo e a própria existência do poder do Estado na esfera criminal.

2.1 Teorias absolutas/retributivas

Em uma sociedade comum, a todos os indivíduos é dada a liberdade de se autodeterminar, de agir conforme suas convicções e de realizar livremente as suas tarefas. Significa dizer que o homem é livre para agir, tanto conforme à lei como violando-a. Assim, aquele que comete um crime o faz por livre e espontânea vontade, ensejando do Estado uma resposta proporcional. É nessa ótica que se baseiam as teorias absolutas, também chamadas de retributivas, porque pressupõem uma relação de causa e efeito entre o crime e a punição.

Trata-se de uma resposta proporcional do Estado, que teve a ordem social violada e necessita restabelecê-la. De uma forma geral, as teorias absolutas defendem que a execução de uma pena não deve seguir a uma finalidade porque são uma finalidade em si mesmo. Deve atender ao clamor de uma ordem social, que fora violada pela prática de um crime, e que deve prontamente ser restabelecida. Diz-se teorias absolutas porque negam justamente qualquer finalidade. São a ausência de todo e qualquer fim, desvinculando-se de qualquer objetivo.

A premissa das teorias absolutas com a ideia de retribuição é antiga, e vem desde a época da chamada Lei de Talião, na premissa de “olho por olho, dente por dente”. Lesch (1994, p.24) menciona a comparação entre as teorias absolutas e a lei de talião, relacionando-os com a ideia de equivalência e de igualdade. Dar-se às teorias absolutas a função de causar o mal pelo mal causado, sofrimento proporcional aquele que foi infringido. Não se trata de um objetivo a ser alcançado, um método de combate da criminalidade, mas sim de uma ausência de qualquer fim, onde a pena é usada como mera consequência do crime.

Um dos principais propulsores das teorias retributivas foi Kant, que atribuiu à lei o status de imperativo categórico, e a pena seria meramente uma resposta à violação, que deve ser igual à perturbação causada.

Mas qual o tipo e o grau de pena que a justiça pública adota como princípio e padrão? Nenhum outro senão o princípio de igualdade (na posição de fiel da balança da justiça), de modo a não pender mais para um lado do que para o outro. O mal imerecido que você causa a um outro do povo, portanto, é um mal que você faz a si mesmo. Se você o insulta, então insulta a si mesmo; se você o rouba, então rouba a si mesmo; se você o agride, então agride a si mesmo; se você o mata, então mata a si mesmo.¹

Além de Kant, Hegel, em sua obra *Filosofia do Direito* (1820)² também abraçou os ideais das teorias absolutas, alegando que o crime é a negação da ordem social, e “a pena deveria ser vista como a negação da negação do direito. É, pois, a alternativa a cumprir um papel restaurador da ordem atingida”.³ Nesse sentido, em havendo a existência do crime, este deveria ser imediatamente penalizado pura e simplesmente por ter ocorrido. Não há um método de controle social implícito, nem a intenção de recuperação do criminoso. Basta-se punir de forma equivalente, em nome da ordem e da lei.

Inegavelmente, as premissas das teorias retributivas não procedem sob diversos aspectos. Assumir que um instrumento tão sensível como a punição não segue a qualquer fim e não possui qualquer relevância para a sociedade ou para o apenado é negar os fundamentos basilares do Direito Penal. Ressalta-se que o ramo das ciências penais assume caráter último e subsidiário, sendo apenas utilizado quando esgotadas todas as vias judiciais de solução de conflitos.

¹ KANT, Immanuel. *Metafísica dos Costumes*, p. 119, ed. Vozes.

² HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Filosofia do direito*. Trad. Paulo Meneses et al. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2010.

³ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Prestação de serviços à comunidade: alternativa à pena privativa de liberdade*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 20.

Significa dizer que os fatos que cerceiam a esfera penal assumem uma gravidade ímpar e carecem de uma tutela efetiva, garantindo-se todos os direitos e condições necessárias para se alcançar a justiça. No entanto, essa justiça não pode ser alcançada por meio de um revanchismo por parte do Estado. Se não há uma finalidade na aplicação de uma sanção, não há que se falar em bem jurídico, nem tampouco em subsidiariedade do direito penal.

Embora o Direito Penal esteja a serviço da comunidade, não pode ser instrumento dela para retaliações sem o devido processo. Importante destacar que a imposição de uma pena a um indivíduo impacta não somente a ele, mas a todo um contexto de família e convívio social, incluindo as vítimas. Existe todo um aparato de direitos fundamentais, de todos os lados, que são invadidos com a atuação do direito penal. Uma intervenção do Estado, tão sensível a interesses que vão até a própria dignidade humana não podem ser utilizados sem que haja qualquer finalidade, qualquer análise de aplicação.

Sin embargo, en un Estado de Derecho moderno no se puede sostener seriamente la afirmación de que no hay una necesidad de fundamentación. Ello es así, por una parte, porque la imposición de la pena criminal constituye una intervención muy considerable en derechos fundamentales, tanto en forma de juicio ético-social de desvalor como en los efectos sobre la libertad o el patrimonio.⁴

As teorias absolutas também não se sustentam pela incongruência do restabelecimento da ordem social. Se não há na pena uma análise crítica dos seus efeitos ou da origem do delito, não se protege a ordem tampouco o direito, porque não se vislumbra os fatores que contribuem para a criminalidade e não se propõe a reduzi-la. Apesar das diversas problemáticas, também é fato que as teorias absolutas foram pioneiras em diversos conceitos do direito penal moderno.

A título de exemplo, a culpabilidade foi um dos elementos das ciências penais trazidos por essa vertente. A ideia de que a pena deveria ser proporcional, na medida dos atos praticados, foi pressuposto para o princípio da culpa do direito penal moderno. Conforme menciona Figueiredo Dias (2007, p.47) a pena é pressuposto da culpa que necessariamente acarreta a sua utilização. Nem toda culpa será objeto do direito penal, mas só aquela que necessariamente deverá ser objeto de sua atuação.

⁴ Tatjana Hornle, Teorías de la pena, p. 27.

Um outro ponto de importante contribuição das teorias retributivas diz respeito ao nascedouro do direito penal moderno, qual seja, a limitação do poder de punir do Estado. Importante destacar que, conforme bem exemplifica Foucault em *Vigiar e Punir* (1975) as penas eram cruéis, sem limitações dos poderes para o uso. Tortura, práticas de castigos físicos e outras penas desumanas eram recorrentes. As ideias de equivalência trazida pelas teorias absolutas frearam essa penalização desenfreada, limitando a atuação do poder punitivo à medida do crime que fora cometido. É o que defende Roxin, ao mencionar as limitações ao poder punitivo trazidas por essa vertente.

La idea de la retribución marca, pues, un límite al poder punitivo del Estado y tiene, en esa medida, una función liberal de salvaguarda de la libertad. Ciertamente es que no se puede determinar matemáticamente de forma exacta qué pena se corresponde con la magnitud de la culpabilidad; sin embargo, con la ayuda de las reglas legales de determinación de la pena y una teoría de la determinación de la pena científicamente perfeccionada, se consiguen de todos modos magnitudes penales de alguna forma calculables.⁵

Nesse sentido, houveram de fato contribuições significativas dos adeptos das teorias retributivas, corroborando para a construção do direito penal. Outrossim, as experiências com a pena puramente retributiva também influenciaram de forma negativa o senso comum, reforçando a marginalização do apenado e dando margem a um clamor social onde tudo é permitido, desde que o crime seja penalizado.

2.2 Teorias Relativas

Numa iminente falha da vertente absoluta, inicia-se uma reflexão de que na realidade, as penas devem sim seguir a um propósito, e que esse propósito é mais do que um objetivo, é a justificativa da existência da pena. As teorias relativas, também chamadas de teorias de prevenção, são a face exatamente oposta das teorias absolutas. Isso porque, sob essa vertente, as penas não só devem ter uma finalidade, como essa finalidade deve ser refletida ou sob a coletividade (prevenção geral) ou sob o próprio infrator (prevenção especial). A vertente da prevenção é a mais adequada na visão de Roxin. Para o jurista, a pena só seria de fato efetiva na questão da política criminal se se propõe às finalidades sociais da prevenção geral e às finalidades individuais do infrator na seara da prevenção especial.

⁵ Roxin, Derecho Penal, Parte General, p. 84.

Roxin (1997, p.95) defende que a única finalidade possível da pena é a que assume o caráter preventivo, combatendo a criminalidade antes que ela ocorra, e vai além, que ambas as vertentes (prevenção geral e especial) devem atuar em conjunto, como única ferramenta capaz de apresentar uma finalidade efetiva ao Direito Penal. Prevenir significa precaver, acautelar, adiantar-se.

Assim, as teorias preventivas buscam agir na criminalidade antecedendo-se da sua prática, utilizando de fundamentos que atingem o fenômeno criminológico antes que ele venha a ocorrer. Essa vertente das teorias da pena subdivide-se entre prevenção geral e prevenção especial.

2.2.1 Teorias da prevenção geral

A vertente da prevenção geral se volta para o caráter macrosociológico da pena. O intuito é agir na consciência da coletividade, e agir através da pena, na prevenção de delitos futuros. Assim, ao se deparar com um fato punível, o Estado irá buscar os reflexos da sua atuação sancionadora na sociedade, de forma que com essa intervenção, novos crimes sejam desencorajados.

Os primeiros estudos sobre essa visão da pena em virtude de seus efeitos sociais foram elaborados pelo jurista alemão Paul Johann Anselm von Feuerbach:

Em perspectiva moderna, a primeira formulação acabada de uma doutrina da prevenção geral fica a dever-se, como é corrente asseverar-se, a um dos fundadores do direito penal moderno, Paul Johann Anselm von Feuerbach: a conhecida doutrina da **coaço** psicológica.⁶

Embora a coação psicológica esteja mais próxima da vertente negativa da prevenção geral, fato é que numa perspectiva mais ampla, todo fundamento baseia-se na coação do Estado, ora para reafirmar a confiança da sociedade nas leis e na execução das sanções, ora para assumir de fato um caráter intimidador.

Figueiredo Dias (2007, p. 52), ao defender as teorias de prevenção geral face o aumento da criminalidade em determinados locais, traz a afirmação que de fato, a finalidade é cumprida pois a sociedade como um todo atribui a não incidência criminosa a existência de uma consequência penal, e que se há um aumento no registro de criminalidade, isso se deve não à falha da finalidade, mas da execução criminal.

⁶ Figueiredo Dias, Direito Penal, Parte Geral, p. 51.

Não se trata, portanto, de uma falha na finalidade da prevenção geral; essa cumpre ao que se propõe, porque evita sim o cometimento de crimes. No entanto, ao se utilizar da ameaça da pena como exemplo, ora por uma questão psicopedagógica ora por simplesmente pela ameaça de sua existência, não se nega o caráter utilitarista dessa vertente. Deve haver um efeito positivo para a política criminal, uma forma de combater comportamentos desviantes daquela ordem jurídica-social, ainda que para isso, deva ser utilizado o “exemplo”.

2.2.1.1 Teoria da prevenção geral negativa

Dentre as subdivisões da prevenção geral, a vertente negativa é a que explora mais evidentemente o caráter ameaçador e intimidador do uso das sanções penais. Segundo essa vertente, ao se deparar com a ocorrência de um fato punível, o Estado deve atuar de tal forma na repressão, que surja naquele criminoso em potencial, o medo de sofrer uma punição, medo das leis penais, medo de fato da pena e isso o leve a desistir de cometer crimes.

Assim, de acordo com os fundamentos dessa vertente, ao fazer essa análise e se deparar com o peso, os efeitos estigmáticos e a própria severidade da pena, o indivíduo tentado a delinquir, não o faria.

A ameaça e a execução da pena devem atuar sobre a coletividade de modo que autores de ilícitos penais em potencial abandonem seus planos - de preferência em razão do medo e do horror provocados pela ameaça da pena e pela experiência da sua execução.⁷

Nesse sentido, atua-se para intimidação, para agir no coletivo de forma a considerar a pena uma ameaça a ser evitada. Essa vertente, no entanto, explora a máxima do utilitarismo nas funções da pena. Zaffaroni (1998, p. 57) menciona que a forte característica utilitária da prevenção geral negativa afasta a eticidade da finalidade da pena, afastando-se a justificativa moral da existência do ato de punir para um discurso meramente intimidador, arbitrário, que atinge os indivíduos de forma a puramente ameaçar.

Naturalmente, os ideais radicais dessa teoria corroboram com críticas plenamente justificáveis. O crime não é um fator meramente social, evitável com a simples ameaça do castigo. A aplicação de penas mais severas não diminui a

⁷ Klaus Gunther, A Critique of Punishment, 2 DIREITO GV L. Rev. 187 (2006), tradução Flavia Portella Pischel

incidência de delitos, porque os crimes não ocorrem por existência de leis brandas simplesmente. O fato de haver uma ameaça de repressão ou não, não incide diretamente nas razões que fazem alguém cometer um ilícito.

Existem outras circunstâncias que levam a prática, totalmente fora das linhas da lei. Zaffaroni bem as exemplifica, mencionando o aumento de patrimônio, vingança privada, questões patológicas de crueldade, todas fugindo do escopo ou do medo da aplicação da lei, por serem circunstanciais.

2.2.1.2 Teoria da prevenção geral positiva

Para a teoria da prevenção geral positiva, a sociedade e a reafirmação da eficiência das leis devem ser os principais objetivos da pena. Busca-se, através da existência das normas penais e de sua aplicação face aos crimes, a confiança dos não criminalizados no sistema penal e a certeza de que este será aplicado para restabelecer a ordem social.

Dessa forma, através da demonstração de que o direito penal existe e será aplicado, o Estado usa o caráter pedagógico da sanção penal, fazendo refletir aqueles que cogitarem adentrar para a criminalidade e fazendo-os desistir, através da observação e do exemplo. Assim, a pena teria como fundamento “su efecto positivo sobre los no criminalizados, pero no para disuadilos mediante la intimidación, sino como valor simbólico productor de consenso” (ZAFFARONI, 1998, p. 60).

É certo que os preceitos da prevenção geral positiva estão presentes no direito penal atual. A ideia de que a existência de uma lei e de uma sanção reprimindo a prática de um crime, leva à consciência de criminosos em potencial o receio de sofrer essas consequências caso venham a delinquir.

Posee una cierta evidencia de psicología del profano y se justifica asimismo por la consideración de la psicología profunda de que muchas personas sólo contienen sus impulsos antijurídicos cuando ven que aquel que se permite su satisfacción por medios extralegales no consigue éxito con ello, sino que sufre graves inconvenientes.⁸

Os impulsos de cometer um delito são de fato por vezes reprimidos pelo medo do poder punitivo do Estado. No entanto, apesar de haver de fato uma

⁸ Roxin, Derecho Penal, Parte General, p. 91.

atuação positiva na sociedade, esta não pode ser a única finalidade da pena. As pessoas não podem se abster de cometer crimes unicamente por medo de sofrer uma represália por parte do Estado. A pena não pode servir como instrumento de intimidação unicamente porque ela existe, mas por ser consequência.

Aquele que comete crimes de fato está vinculado a outros fatores, individuais ou não, o faz porque tem outras motivações, ou a total ausência dela. Isso significa que o fato de existir ou não a pena não exclui a criminalidade. Da mesma forma que de fato existem pessoas que são reprimidas de delinquir pelo medo de serem presas, existem aquelas que agem de forma criminoso mesmo com a existência da ameaça penal, o que leva a crer que a simples existência dessa ameaça não exclui ou diminui o fenômeno criminológico porque ela por si só, é insuficiente para reprimê-lo.

2.2.2 Teorias da prevenção especial

Fugindo do escopo das teorias da prevenção geral, a ênfase da prevenção especial será o delinquente. Aqui, o objetivo será sempre a correção, a reeducação, ressocialização e reintegração do indivíduo infrator. Apesar disso, o efeito intimidador da pena não foge à sua finalidade, apenas muda de alvo, passando da sociedade para o criminoso. Aqui, defende-se que ao agente que comete um crime, a lei penal deve ser aplicada, de forma a evitar que no futuro este possa vir a cometer delitos. O direito penal assume, de forma geral, uma missão de corrigir o infrator e fazê-lo retornar a seu estado de ordem e aptidão para conviver em sociedade novamente.

De forma inegável, o agente se torna instrumento do poder punitivo do Estado, e se assemelha às ferramentas de política criminal como forma de prevenir crimes. O indivíduo é utilizado como meio para se alcançar um fim. Para fins didáticos, a teoria da prevenção especial positiva, objeto do presente estudo, será abordada em capítulo posterior.

2.2.2.1 Teoria da prevenção especial negativa

O crime, enquanto fenômeno individual, é o desvio do que se considera correto. Trata-se do indesejável, do descartável e daquilo que deve ser abolido do

convívio comum. Assim é a ótica da chamada teoria da prevenção especial negativa, que se atém à exclusão daquele indivíduo considerado criminoso da sociedade, numa tentativa de neutralizar aquele comportamento desvirtuante e restabelecer o padrão social através da pena.

Ela(a pena) deve, como no esquema de estímulo e reação do behaviorismo, constituir um contra-estímulo suficientemente intensivo para impedir, como que de modo reflexo, que o delinquente futuramente leve a cabo a prática do ilícito penal planejado. Ou ela deve, pelo menos, pôr em marcha um cálculo estratégico, no sentido de um cálculo da relação custo-benefício, segundo o qual o crime não compensa, porque os custos são mais altos do que o ganho esperado com a prática do ilícito penal.⁹

A ênfase aqui será a do indivíduo infrator, na tentativa de fazer com que este não venha a cometer novos crimes, pois teria a sua criminalidade neutralizada. Haverá uma tentativa por parte do poder punitivo de excluir por completo a ideia criminosa daquele indivíduo. Notório que a teoria é passível de críticas. A mera segregação e neutralização por si só não tem possibilidade de conter novos impulsos criminosos daqueles que já foram penalizados. Existem diversos fatores além da segregação que levam alguém a delinquir. Afastar pura e simplesmente a ameaça não resolve o problema porque não age de fato nas origens da conduta criminosa e no contexto social e individual a que se insere.

2.3 A adoção da teoria mista pelo artigo 59 do Código Penal

A teoria mista é a corrente teórica baseada na junção dos melhores fundamentos das teorias absolutas e relativas de forma a buscar a amplitude e eficiência da aplicação das sanções penais, levando-as a atingir os melhores objetivos de ambas as vertentes. Assim, o ordenamento jurídico pátrio buscou implementar o que há de mais positivo nas teorias da pena, incorporando aos textos normativos fundamentos tanto das teorias retributivas como das preventivas. Ressalta-se, no entanto, que, embora misturem-se as duas vertentes, o Brasil adotou a chamada teoria mista, justamente porque tenta incorporar os melhores fundamentos de ambas as teorias, conforme explicitado no artigo 59 do Código Penal

⁹ Klaus Gunther, A Critique of Punishment, 2 DIREITO GV L. Rev. 187 (2006), tradução: Flavia Portella Pischel.

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

A exigência da análise da culpabilidade e dos antecedentes do agente é clássica das teorias absolutas, porque parte da influência dos atos do agente no momento de delimitar o castigo. Ao mesmo tempo, pedir pela análise das circunstâncias do crime, comportamento da vítima, consequências e conduta social se aproximam das vertentes preventivas, porque são nesses fatores que elas fixam a finalidade da pena. Por fim, a adoção da teoria mista pelo ordenamento brasileiro é expressa pelos termos “reprovação e prevenção” que são equivalentes às duas correntes.

Necessário observar, contudo, que o fato de se adequarem os melhores conceitos das teorias absolutas e relativas não é suficiente para atingir a finalidade da pena na sociedade. Apenas aplicar a pena não leva em conta fatores sociais, e outros apontados pela criminologia que corroboram com o surgimento do crime e, por conta disso, embora a amplitude das teorias mistas tenha um fator positivo na aplicação da lei penal, não resolvem a questão da criminalidade porque não agem na raiz do problema.

Embora não reste dúvidas que há uma amplitude de objetivos expressos na legislação penal brasileira no que diz respeito à pena, a realidade fática do sistema prisional denota que nenhum desses objetivos de fato tem sido alcançados. Os números de presos no Brasil aumentam a cada ano¹⁰, mesmo com a Lei de Execuções Penais¹¹ que trouxe diversos avanços no tratamento do cumprimento das penas. Ademais, como já mencionado, nem todos se eximem de cometer crimes por medo de sofrer represália por parte do Estado, porque não leva-se em conta que os fatores que corroboram com a criminalidade fogem às linhas da lei.

No Brasil, o debate sobre o crime e suas punições é acalorado, envolto de demandas sociais equivocadas, que não condizem com a legislação pátria nem com as finalidades da pena previstas no ordenamento jurídico brasileiro. Prega-se a premissa de que “bandido bom é bandido morto”, o princípio constitucional da presunção de inocência é ignorado. Aliado a isso, os jornais de matérias criminais

¹⁰ Segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), temos hoje 919.393 pessoas privadas de liberdade hoje. Conforme notícia do Extra Globo, em abril de 2020, eram 858.195 pessoas presas.

¹¹ BRASIL. Lei de execução Penal. Lei nº 7210 de 11 de julho de 1984.

esbanjam sensacionalismo, reforçando a mentalidade social de aversão total à qualquer ideia de finalidade da pena, devendo ser esta a mais grave e longa possível. Se assim não for, o Estado falha, o crime compensa, e a criminalidade aumenta.

Do outro lado da questão criminal, estão os profissionais e estudiosos do direito penal e processual penal. Diariamente, no andamento dos processos criminais, e até antes, na fase investigatória, ocorrem ilegalidades e desrespeito aos preceitos básicos da Constituição e dos Direitos Humanos. Autoridades policiais por vezes assumem condutas que vão contra a lei de abuso de autoridade, ferramenta limitadora dos excessos na aplicação da lei, que se propõe a responsabilizar os autores de abusos também na esfera criminal; os erros no tratamento das provas ao longo da investigação, que comprometem a cadeia de custódia e, por conseguinte, a justa análise probatória do caso; as diversas vezes em que o único testemunho é o do policial responsável pela operação/prisão, que dificulta a constatação da veracidade dos fatos.

3 CRIMINOLOGIA CRÍTICA E SISTEMA PENAL

Conceituar e delimitar o escopo da criminologia é uma tarefa árdua, que perpassa por diversos ramos das ciências humanas e pela própria historicidade das sociedades. De uma forma geral, o objetivo principal da criminologia é analisar de forma ampla o crime, o criminoso, a vítima e os reflexos sociais mais diversos que surgem na incidência de um fato criminoso. Assim, a criminologia é um ramo autônomo, independente das ciências penais, porque perpassa as linhas dogmáticas e aproxima o fenômeno criminológico da sociologia, psiquiatria, antropologia e outras ciências humanas.

[...] Criminologia é um nome genérico designado a um grupo de temas estritamente ligados: o estudo e a explicação da infração legal; os meios formais e informais de que a sociedade se utiliza para lidar com o crime e com os atos desviantes; a natureza das posturas com que as vítimas desses crimes serão atendidas pela sociedade; e, por derradeiro, o enfoque sobre o autor desses fatos desviantes¹²

O surgimento da criminologia, no entanto, é esparso ao longo da história. Diversos autores divergem quanto ao momento inicial do surgimento do estudo criminológico. É visível, porém, que os modelos de investigação utilizados na inquisição já se aproximavam dos conceitos de direito penal, processo penal, política criminal e criminologia. Vera Malaguti (2011, p.30) aponta o instrumento da confissão como primeiro modelo integrado criminológico na inquisição, acentuado pela efetividade do controle social, reforçando a diferenciação entre quem seria e quem não seria criminoso, ou “bruxa”.

Importante destacar que o poder punitivo estatal sempre foi usado como método de segregação. Mesmo na inquisição, a Igreja Católica, através de métodos próprios de investigação e punição, definia como herege e castigava os considerados “indignos”. A preocupação da Igreja, embora o catolicismo fosse dominante ao longo de toda Europa, era o surgimento de outras ideologias, que poderiam colocar em risco a sua autoridade e conseqüentemente, o seu poder.

Da mesma forma, atua o Estado com o poder punitivo. Espera-se que aquele considerado “desviante” seja castigado porque infringiu uma norma padrão, fugiu ao que era considerado “normal”, e portanto, através do poder conferido ao estado, a ordem das coisas deve ser restabelecida. É possível traçar um paralelo inicial dos

¹² SHECAIRA, Sergio Salomão. Criminologia. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 31.

estudos criminológicos com a ascensão do iluminismo. Passada a idade das trevas e das penas cruéis e desumanas, a liberdade do indivíduo ganhou especial atenção e cautela dos agentes de poder. Da mesma forma, essa liberdade também se estenderia ao comportamento social, deixando a cargo do indivíduo a autodeterminação de seus atos e tarefas, e arcando com as consequências destas. Apesar disso, mantinha-se um discurso de equilíbrio, afastando o caráter perpétuo e torturante das penas na idade média. Ainda que atuando conforme a premissa de que o homem é indubitavelmente responsável pelo que faz, ao poder punitivo deverá haver equivalência e justiça nos castigos usados, conforme ditavam as teorias absolutas da pena.

É com essa premissa que surge a **Escola Clássica Liberal** da criminologia, baseada na liberdade e no estrito cumprimento da lei. O agente era livre para agir conforme suas convicções, inclusive possuindo poder de escolha para delinquir ou não. Conforme ensina Baratta (2004, p. 23) o crime é a escolha individual do agente, que deverá ser responsabilizado, de forma proporcional às suas ações e convicções.

En efecto, la escuela liberal clásica no consideraba al delincuente como un ser diferente de los demás, no partía de la hipótesis de un rígido determinismo sobre cuya base la ciencia tuviese por cometido una investigación etiológica sobre la criminalidad, sino que se detenía sobre todo en el delito entendido como concepto jurídico, es decir como violación del derecho y también de aquel pacto social que se hallaba, según la filosofía política del liberalismo clásico, en la base del Estado y del derecho.¹³

Essa ideia de equivalência e convicções pessoas para a prática do crime não fora oficialmente tratada como estudo criminológico, tendo em vista que não se analisou o crime fora das linhas penais, não se buscou a amplitude do conhecimento da criminologia. Apesar disso, fato é que as contribuições da escola clássica foram fundamentais para o desenvolvimento do estudo do crime, do criminoso e da sociedade como um conjunto de fatores que corroboram com a compreensão das ciências penais.

Num contexto inteiramente inverso, e essa sim considerada o marco inicial dos estudos da criminologia, têm-se a **Escola Positivista**. A Escola Positivista se contrapôs ao liberalismo da Escola Clássica por não aceitar que o criminoso escolhia ser criminoso, e, portanto, exercia sua liberdade para macular a ordem social e a lei. Haveriam fatores dentro do contexto social fora das linhas da lei e da

¹³ Alessandro Baratta, *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*. p. 24.

autonomia do indivíduo que levariam à prática delituosa. Não se trata mais de uma questão de restauração da ordem social pura e simplesmente porque fora violada. Com base nos ideais da escola positivista, é preciso enfrentar o problema e procurar suas origens.

En suma, quien conciba el mundo social como algo dado, absoluto y perfecto en cuanto tal, en que lo único que cabe es sólo su organización y armonización racional, es decir, eliminar el desorden o los fallos que en él se producen y que tienen su origen en nuestra defectuosa aprehensión de la realidad, pondrá como origen de la sociología y la criminología al positivismo. Por el contrario, quien conciba el mundo social como algo sujeto a transformación, en que no se trata simplemente de corregir los fallos de funcionamiento, sino de cambiar y replantear sus estructuras, en otras palabras, quien asuma una postura crítica, pondrá como punto de partida de la sociología y la criminología al iluminismo.¹⁴

A escola positivista trouxe a discussão sobre o criminoso nato, aquele que não escolhe agir de forma criminosa conforme suas convicções, mas que na realidade nasce com essa ideologia, comete crimes porque está predestinado a cometer. Assim se baseiam os estudos de Lombroso, considerado o principal estudioso da escola positivista. Para ele (1876, p. 29), haveria uma série de fatores individuais, psiquiátricos e de estereótipos que ajudavam a compreender determinado grupo como sendo mais criminalizado. Ademais, características físicas como tatuagens, formato do nariz, Para as mulheres, traços mais “masculinizados” como vozes mais grossas, cabelos curtos, pêlos no corpo, e outros caracteres puramente biológicos seriam fundamentais para a compreensão do determinismo do criminoso de nascença.

Ou seja, o crime não é um fator social construído a partir de outros fatores sociais; é patológico, individual e anormal. Não há na lei qualquer artifício que determine a repressão ao crime, conforme ditava sobretudo as teorias de prevenção geral, não existem fatores de realidade comunitária que determinem o contexto do crime. É puramente biológico, individual, e de certa forma, predestinado.

Naturalmente, não há qualquer evidência comprobatória que ateste os fundamentos da escola positivista. Não há como determinar que alguém comete um crime por fatores individuais de aparência ou psique. Apesar disso, é inegável que os fundamentos da escola estão presentes no direito penal contemporâneo. O sistema penal é estigmatizante por essência, reforçando o racismo estrutural, o preconceito e sobretudo o controle social de uma massa indesejável. A antropologia

¹⁴ R. Bergalli. J; Bustos Ramírez; T. Miralles, El Pensamiento Criminológico I, p. 18.

recente menciona também que as ideias positivistas estão presentes ainda no Código Penal brasileiro, não apenas no artigo 59 que trata da análise de culpabilidade, mas também na parte das medidas de segurança.

Diversas outras escolas e teorias da criminologia contribuíram para a formação da criminologia crítica contemporânea. Especial atenção, por fim, deve ser dada à **Escola de Chicago**, surgida no Departamento de Sociologia da universidade local. Aliás, a Revolução Francesa e a transição do estado liberal para o estado social, os fundamentos desta escola já surgiam. Importante fazer uma ponte com as gerações dos direitos humanos, na medida em que a transição para os direitos individuais da 1ª geração para os direitos sociais da 2ª geração se deu justamente pela insuficiência de se garantir apenas o liberalismo sob a ótica individual, e que a ausência total do Estado para com a coletividade era ineficiente. Daí surge a necessidade de incorporar a sociedade enquanto parte do que se é garantido, protegendo além da individualidade, as demandas sociais.

Com base nisso, a escola sociológica fundamenta-se que, assim como as demandas individuais são ineficientes para a proteção integral da sociedade, elas por si só não poderiam explicar e resolver a questão da criminalidade. O crime não é um fator preexistente na mente ou até mesmo no destino do indivíduo, mas um fenômeno social, que perpassa por diversos fatores da realidade fática da comunidade.

Esto determina que no haya sido casual que, precisamente en el ámbito intelectual de la escuela de Chicago [...] haya germinado el concepto de «desorganización social». En consecuencia, a partir de estas reflexiones se podrá considerar con una mayor perspectiva el desenvolvimiento de la concepción ecológica de la criminalidad, así como el nacimiento y desarrollo de otras teorías que reconocen su origen en la tradición de Chicago.¹⁵

Os fundamentos da escola de Chicago foram importantíssimos para a compreensão do crime na esfera social. Não mais se trata de mera violação da lei, ou exteriorização das condições biológicas do indivíduo; mas sim de uma construção social, fruto de diversos fatores que norteiam o ato.

Por fim, há a chamada **Criminologia Crítica**, que observa o fenômeno criminológico na atualidade, analisando diversos fatores e conceitos do direito penal e de outras ciências humanas, porém conservando a autonomia de seus estudos. Por volta da década de 60, o estudo da criminologia afasta-se das teorias

¹⁵ R. Bergalli. J; Bustos Ramírez; T. Miralles, El Pensamiento Criminológico I, p.117

anteriormente mencionadas e volta-se para o sistema de política criminal, para atuação dos órgãos de controle. Não mais se procura compreender quais fatores levam alguém a cometer crimes, mas quem define quem é ou não criminoso, como essa seleção é feita, quais características levam a essa discussão e quais são os efeitos dessa penalização.

Com base nisso, destaca-se o chamado **Labeling Approach**, ou teoria do etiquetamento. Com base nessa teoria, ressalta-se o estigma social dado ao criminoso, àquele que é definido como delinquente e as consequências dessa definição para a vida em sociedade. A criminologia crítica aponta um problema estrutural, institucionalizado, que tende a reforçar como indesejável determinado grupo social com determinadas características. A esse grupo social, é dado o estereótipo de indesejável, aquele que foge aos padrões de comportamento considerados aceitáveis.

[...] quando uma regra é imposta, a pessoa que presumivelmente a infringiu pode ser vista como um tipo especial, alguém de quem não se espera viver de acordo com regras estipuladas pelo grupo. Essa pessoa é encarada com um outsider.¹⁶

Assim, com o reforço desse ideal, a marginalização de determinados grupos se mantém, num ciclo vicioso entre estigma, reforço e criminalização. Envolvem-se questões relacionadas ao racismo, ao poder aquisitivo, ao que o Estado considera como crime ofensivo de fato que enseja punição e àquele em que basta o retorno financeiro aos cofres públicos para solucioná-lo. Ainda, as abordagens policiais por vezes ocorrem com base num perfil criminoso historicamente institucionalizado. Ainda que haja de fato um crime ocorrendo, a questão não é seguir os padrões da justiça.

A partir do momento que alguém é tido como suspeito, passa a ser condenado, pura e simplesmente porque está na condição de suspeito. Isso se deve na atualidade também a questões dentro da própria comunidade. Há um apelo jornalístico nas matérias criminais, um clamor da população por uma incansável (e justificada) sensação de medo e de impunidade. Ao mesmo tempo, aquele que sofre a persecução desse estigma carrega para o resto da vida as consequências de culpa e do que acarreta esse sentimento.

¹⁶ Howard S, Becker, *Outsiders*, p. 15.

Enquanto especialistas como juristas e cientistas sociais analisarão a questão da culpa à sua moda, uma terceira perspectiva integra os pensamentos da maioria das pessoas - incluindo muitos profissionais da justiça criminal. Trata-se de um conceito mais moralista ou "imputativo". Na visão popular, a culpa não é meramente uma descrição de comportamento, mas uma afirmação de qualidade moral. A culpa diz algo sobre a qualidade da pessoa que praticou o ato e tem uma característica indelével e bastante "adesiva". A culpa adere à pessoa de modo mais ou menos permanente, e há poucos solventes conhecidos. Em geral ela se torna uma característica primária que define a pessoa. A pessoa culpada de um roubo se torna um ladrão, um criminoso. Uma pessoa que foi aprisionada se torna um ex-presidiário, um ex-criminoso, e isso passa a fazer parte de sua identidade, sendo difícil de eliminar.¹⁷

Nesse sentido, a criminologia crítica, através da abordagem do labeling approach, aponta um outro fator problemático. Aquele considerado criminoso tende a se acostumar com essa característica, perde a perspectiva de futuro e se aproxima intrinsecamente da delinquência unicamente por enxergar na sociedade que este é o seu espaço.

Uma outra perspectiva utilizada pela criminologia crítica é a chamada etnometodologia, que trata da subjetividade do convívio social. Conforme ensina Figueiredo Dias, "O crime é visto como uma construção social realizada na interação entre o desviante e as agências de controle, que a etnometodologia estuda como "organizações": polícia, tribunal, prisão, hospital psiquiátrico etc"¹⁸. Aqui, fala-se em um reforço de criminalização dentro das instituições envolvidas na política criminal.

Em suma, a criminologia crítica compreende o fator crime como uma construção social, ao passo que diversos fatores contribuem para o surgimento. Não se trata apenas da lesividade às leis penais. Existe uma estrutura de penalização, inerente ao Estado e suas instituições, que reforçam a criminalização de determinados grupos sociais, mirando principalmente os mais pobres e os negros, como uma consequência do racismo estrutural e institucionalizado. Ademais, como desde sempre ocorreu, o direito penal é usado como instrumento de segregação de grupos considerados indesejáveis, inadequados ao convívio em sociedade e, portanto, devem ser afastados.

Assim, a criminologia crítica se mostra de fundamental importância para compreensão desse estigma social, dos efeitos da criminalização em um indivíduo. Por mais que haja limite na duração de uma pena ou que nem sempre ocorra a

¹⁷ ZEHR, Howard. *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice* (Trocando as Lentes: Um Novo Foco sobre Crime e a Justiça) - Scottsdale, PA: Herald Press, p. 66.

¹⁸ "Figueiredo Dias, Jorge. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. Pág.55

prisão, a mera passagem por um procedimento criminal é estigmatizante de forma eterna, e dependendo do grupo a que se destine, perpassa outras ramificações da vida em sociedade, que são insanáveis e com consequências permanentes.

4 A PREVENÇÃO ESPECIAL POSITIVA SOB A ÓTICA DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA

A pena de prisão surge ao final do século XVI, com a necessidade de exploração de trabalhos forçados daqueles que se encontravam presos (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 43), no entanto, apenas se consolida no século XVIII, na Europa, que mantinham a obrigatoriedade dos trabalhos forçados, como forma de punição aos pobres, a prostitutas e pequenos trabalhadores, pois segundo a premissa da prisão à época, estes eram considerados indesejáveis e careceriam de correção, de ajustamento de comportamento (MELOSSI; PAVARINI, 2006, p. 55).

Com o passar do tempo, a pena de prisão se tornou a mais comum ao redor do mundo, porém devendo seguir determinados padrões para cumprimento de pena. Diversos acordos internacionais foram firmados na proteção dos direitos humanos, na garantia de uma pena justa e razoável na duração e com todas as condições sadias para cumprí-la.

A esse novo contexto das penas de prisão, surgiu a necessidade de dar a ela uma finalidade positiva, com reflexos sociais efetivos e conseqüências agregadoras para aquele que adentrar no sistema. É com essa premissa que surge a ideia de ressocialização, de reintegração social e de acolhimento dentro dos presídios, principais ideais da teoria da prevenção especial positiva.

Conforme a teoria, a pena de prisão como conseqüência do cometimento de crime, deve ser ressocializadora. Conforme já mencionado no presente estudo, as teorias da prevenção especial voltam-se para as finalidades da pena no tocante ao indivíduo. A prevenção especial positiva mantém esse objetivo, porém voltando-se ao criminoso durante e após o cumprimento da pena.

Espera-se que aquele que passa pelo sistema prisional, após serem ofertadas todas as condições para que se desenvolva uma consciência de reintegração, retorne ao convívio social finda essa pena com plena capacidade de não mais voltar à prática criminosa. Conforme ensina Klaus Gunter, “a pena deve causar arrependimento, compreensão e regeneração, ou seja, uma mudança de atitude que garanta pelo menos uma adaptação externa à ordem legal”¹⁹

¹⁹ Klaus Gunther, A Critique of Punishment, 2 DIREITO GV L. Rev. 187 (2006), tradução: Flavia Portella Pischel.

Assim, em suma, o objetivo principal da ressocialização ao longo da pena, sob a ótica da prevenção especial positiva, é evitar a reincidência.

[...] ela revela desde logo uma particular sintonia com a função do direito penal como direito de tutela subsidiária de bens jurídicos; pois não é outra coisa que se pretende senão aquela tutela quando a pena visa actuar sobre o delinquente no sentido da prevenção da reincidência.²⁰

São objetivos louváveis em tese, porque leva-se em consideração o infrator, e a vontade de não extingui-lo do convívio em sociedade, mas atuar de forma a recuperá-lo para que retorne a ela sem mais delinquir. No entanto, a realidade fática das penas vai contra todo esse discurso pregado pelas teorias da pena. É visível que a prisão, conforme hoje se verifica sobretudo na realidade brasileira, não tem condição alguma de prover algum desenvolvimento de consciência ou de reintegração, somados aos diversos problemas estruturais, aos determinados grupos que são majoritariamente alvos do sistema e a falta de políticas criminais efetivas que visem minimizar o problema.

Inicialmente, a própria prisão é instrumento de segregação. Não se abandona a ideia de separar, mesmo que temporariamente, aquele que cometeu crimes do convívio social. Ressalta-se que evidentemente, em certas situações, esse isolamento é inevitável. Ao mesmo tempo, a carceragem afasta completamente o indivíduo do convívio social, de forma que evidencia que o objetivo dela não é exatamente afastar de forma temporária, mas neutralizar aquela ameaça.

É o que ensina Baratta²¹ ao usar como exemplo as prisões americanas de segurança máxima para os terroristas. Ora, se a ideia é reintegrar, fazer com que aquele indivíduo atue em consciência para que retorne ao convívio social, não se justifica a criação de prisões de segurança máxima a não ser que sejam instrumentos de total segregação. Trata-se então de um verdadeiro depósito de indesejáveis, ferramenta de isolamento daqueles que não são mais bem-vindos.

Uma outra questão bem apontada pela visão criminológica da pena é que a prisão não apenas falha em ressocializar para o exterior, como também conta com uma socialização interna.

A experiência aponta, ao contrário, que na prisão prisioneiros potencialmente de boa vontade são justamente socializados no meio criminoso de modo duradouro, internalizando seus valores e atitudes, para

²⁰ Figueiredo Dias, Direito Penal, Parte Geral, p.56.

²¹ Alessandro Baratta, RESSOCIALIZAÇÃO OU CONTROLE SOCIAL: Uma abordagem crítica da “reintegração social” do sentenciado. p.1.

só aí formar realmente sua identidade delinquente. Em vez de defrontar-se internamente com seu ato, o prisioneiro acaba em uma situação de embrutecimento e indiferença, especialmente em casos de prolongada privação de liberdade.²²

Assim, mesmo aqueles que adentram ao sistema de bom grado, que reconhecem o erro e que são determinados a não mais cometê-los, se vêem na prisão num mundo completamente distante do considerado comum. Tendo em vista os problemas estruturais e de superlotação, a separação dos presos é cada vez mais difícil, o que coloca agentes dos mais variados graus de periculosidade em convívio comum. Nesse panorama, é possível afirmar que mesmo os que não são considerados criminosos por carreira, se aproximam de outros com certa experiência na vida do crime, e há um perigo de influência que possa, ao invés de ressocializar, tornar-se ainda mais perigoso ao sair.

Além de não cumprir com o objetivo da ressocialização e reforçar a criminalização dentro das unidades, há um outro fator não apontado pela teoria da prevenção especial e que é de suma importância para as análises do fenômeno criminológico. Trata-se daqueles que adentram o sistema, em tese para serem ressocializados, mas que nunca tiveram a oportunidade de serem socializados primordialmente. Muitos que entram para o mundo do crime nunca tiveram a oportunidade de exercer a cidadania, não tiveram acesso a serviços básicos de saúde ou educação, e conseqüentemente, não tiveram a oportunidade de desenvolver uma consciência de vida em coletividade. Assim, o objetivo de ressocializar fica comprometido, porque não se pode esperar de alguém que nunca foi socializado que desenvolva justamente na prisão, esse tipo de mentalidade.

Figueiredo Dias (2007,p.55) menciona essa questão da dessocialização, mas alega que também é objetivo da prevenção social positiva tanto a reintegração quanto a integração social. No entanto, é nítido que a consciência social não pode ser adquirida no sistema prisional, porque ausente qualquer condição para isso.

Ainda, enquanto existem indivíduos que nunca foram socializados, existem aqueles que jamais o serão, pelas mais variadas questões, como por exemplo, os sociopatas.

²² Klaus Gunther, A Critique of Punishment, 2 DIREITO GV L. Rev. 187 (2006), tradução: Flavia Portella Pischel.

Não há evidências de que possam existir métodos curativos de cunho psiquiátrico com eficiência real na redução da violência ou criminalidade contra psicopatas. Estudos apontam que eles desestruturam as próprias instituições de terapia, burlam as normas de disciplinas, contribuindo para si mesmo, ao tirarem proveito de tal desestruturação.²³

Essa condição não se restringe aos sociopatas. Seria ingênuo afirmar que não existem pessoas cujo comportamento criminoso é enraizado em sua essência. Para essas pessoas, cujo crime faz parte do modo de vida, é certo que a premissa de ressocialização não funcionará. Ademais, o preso no Brasil tem cor, classe social e escolaridade. Segundo dados do INFOPEN²⁴, quase 65% da população carcerária, entre presos provisórios e condenados, é negra ou parda. Além disso, mais da metade desse percentual sequer concluiu o ensino fundamental ou não teve qualquer acesso à educação básica. Infelizmente, essa realidade não é recente, e trata-se de uma construção histórica, de um país marcado pela escravidão e pelo preconceito. Assim, fala-se em racismo estrutural, presente na sistemática do Estado e nos órgãos de política criminal, que, acostumados com esse perfil, atuam de forma a reforçá-lo.

A imprensa também conta com influência na criminalização, ora por matérias sensacionalistas, ora por uma questão de regionalização da criminalidade. Conforme preceitua Vera Malaguti, “aparecem os zoneamentos hierárquicos da cidade, as visões da favela como locus do mal, como dissolutora de fronteiras a transbordar para a ‘cidade legal’²⁵. Assim, as favelas são tidas como lugares “feios” e berços de crime. Além disso, os jornais televisivos vão atrás de um furo e se deleitam longos minutos em uma matéria que sequer passou por um procedimento policial ou um processo propriamente dito, mas já declara aquele indivíduo como culpado, violando o princípio constitucional da presunção de inocência e nesse momento, a vida daquela pessoa estará marcada para sempre, ainda que seja considerada posteriormente inocente. Fala-se muito em responsabilidade com a notícia nesses programas jornalísticos, mas bem verdade, apela-se pela revolta da população, pelo clamor social, pela capacidade de prender o telespectador com o sensacionalismo

²³ TRINDADE, 2012, p.176-177.

²⁴ Disponível

em <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorioossinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>> Acesso em 28/11/2022.

²⁵ Vera Malaguti Batista. art. cit.

criminal. Isso acarreta uma série de consequências que prejudicam não só aquele indivíduo como o próprio procedimento investigativo e posterior processo, se houver

A auto-legitimação como um prestador de serviço para “todos” faz parte da estratégia da imprensa (desta imprensa) para assegurar seu lugar de autoridade. Mas, ao mesmo tempo, implica o processo de naturalização dos fatos sociais traduzidos como notícia. O jornal, afinal, pode apresentar-se como o espaço da ordem, uma ordem consensual, inquestionável, indispensável para a vida em sociedade. Essa observação é particularmente importante no caso do noticiário criminal.²⁶

Nesse sentido, é nítido que o reforço por parte de diversas áreas da própria sociedade, seja a população em geral, a imprensa, os órgãos de controle, etc, atuam de forma enraizada no fortalecimento da figura do criminoso como um inimigo a ser combatido, um mal que precisa ser afastado e dizimado de forma definitiva.

Não há espaços para segundas-chances, nem tampouco esforço de políticas públicas para corroborar com a ressocialização ou a socialização de fato. O que há é uma sensação de vingança eterna, remetendo o direito penal moderno a um instrumento de repressão e de regressão, tal qual era utilizado na idade das trevas.

²⁶ Imprensa e criminologia: O papel do jornalismo nas políticas de exclusão social Sylvia Moretzsohn
Universidade Federal Fluminense -

5 CONCLUSÃO

A pena é a ferramenta mais íntima e sensível que dispõe o Estado para a vida dos particulares. Assim sendo, é nítida a necessidade de ela atender princípios básicos, respeitar a dignidade humana, a duração razoável e a função a que se propõe. Ao longo da história, diversas teorias buscaram explicar e dar um norte ao que de fato a pena se dispõe a fazer, qual o seu papel na vida em sociedade para que atue de forma efetiva na redução na criminalidade e na melhora da qualidade de vida das pessoas.

No entanto, ao examinar todas as principais teorias que buscaram esses objetivos, conclui-se que nenhuma delas abarca de fato uma finalidade efetiva; não há como somente a pena, enquanto punição por crime, atuar de forma efetiva na prevenção ou na repressão da criminalidade, tampouco diminuí-la.

Isso se deve a fatores trazidos pela construção histórica do pensamento criminológico, que trouxe as ciências penais para uma análise fora das linhas dogmáticas e apresentou fatores externos e intrínsecos que norteiam o crime, o criminoso e a própria sociedade. O fenômeno criminológico não é um mero desvio de comportamento ou uma opção do infrator. Existem outras circunstâncias na realidade fática que corroboram para que alguém se torne ou não um infrator.

Assim, a delinquência na sociedade não será solucionada enquanto esses fatores não forem levados em pauta às políticas públicas, de forma a minimizar a criminalidade na sociedade. Contudo, o problema não se resume à falta de políticas públicas. Há uma questão estrutural, baseada numa construção histórica de preconceito e criminalização. O direito penal começa em sua essência como um instrumento segregador de acordo com a visão criminológica.

Trata-se de uma ferramenta estatal para separar os indesejáveis, e não simplesmente para punir infratores. Assim, existe um grupo social específico que sofre a mão mais pesada do poder punitivo. No Brasil, o preto, pobre, morador de comunidade é a faceta comum não apenas dos presídios, mas da criminalização social, que aparece todos os dias nos jornais e nas matérias em redes sociais. Muito embora por vezes seja um mesmo fato criminoso, caracterizando um mesmo tipo penal, a depender da classe social e do local que ocorra, o tratamento será diferenciado.

Nesse sentido, é utópico falar em pena de prisão como instrumento de ressocialização e reintegração. Não obstante as péssimas condições de higiene, habitação e capacidade dos presídios brasileiros, têm-se ainda uma população predominantemente criminalizada, acostumada a lidar com o estereótipo de criminoso, que adentra no mundo do crime por fatores diversos e acaba por nele permanecer, pois não há qualquer outra perspectiva.

Não é possível falar de ressocialização sem antes falar de sociedade plena, e esta só é possível na medida em que todos possam exercer a sua cidadania, através de oportunidades equivalentes. Também não é possível definir a pena de prisão conforme hoje existe como colaboradora da reintegração social, muito embora existam projetos que auxiliam no desenvolvimento da conscientização dentro das unidades.

A criminalidade não pode ser extinta, pois é fator inerente às sociedades. No entanto, pode ser amenizada se houver uma atuação além do texto da lei por parte dos órgãos públicos e da própria sociedade. Agir nos fatores externos, nas situações anteriores, principalmente nas questões sociais e políticas públicas de cidadania.

Ainda há um caminho árduo e extenso para que as sociedades no geral possam amadurecer a forma de lidar com o fenômeno criminológico, e é nesse sentido que entra a atuação e os estudos da criminologia crítica como ferramenta indispensável para alcançar os objetivos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BACIAGALUPO, Enrique. **Derecho penal parte general**. 2º Edição. Buenos Aires. Ed. Hamurabi. 1998.

BARATTA, Alessandro. **Criminología crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico penal**. 1º edição. Buenos Aires. Editores Argentina. 2004.

BARATTA, Alessandro. **RESSOCIALIZAÇÃO OU CONTROLE SOCIAL: Uma abordagem crítica da “reintegração social” do sentenciado**. (Universidade de Saarland, R. F. A.) Alemanha Federal.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez.

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução Crítica à Criminologia Brasileira**. Rio de Janeiro. Ed. Revan. 2011.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. EDIJUR, 2019.

BERGALLI, R. et al. **El Pensamiento Criminológico II**. Vol. 2. Bogotá. Editorial TEMIS Librería. 1983.

BERGALLI, Roberto. et al. **El Poder Punitivo do Estado**. Ed. Juris. 1993

BERGALLI, Roberto. **Sistema penal y problemas sociales**. Valência. Ed. Tirant Lo Blanch. 2003.

BITTENCOURT, César Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 4º Edição. Ed. Saraiva. 2011

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal parte geral**. 2º Edição. Coimbra Editora. 2007.

DONNA, Edgardo Alberto. **Teoría del delito y de la pena: fundamentación de las sanciones penales y de la culpabilidad**. 2º Edição. Buenos Aires. Ed. Astrea. 1996.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Alternativas da Pena Privativa de Liberdade**. Revista de Direito Penal, n.º 29, p. 5 a 17.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **O PROBLEMA DA PENA**. Revista Forense n.º 161. p. 56-62. 1955.

GIACOIA, Andressa Silveira Tanferri Gilberto Giacoia. **A ESTIGMATIZAÇÃO DO CRIMINOSO SOB A PERSPECTIVA DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA: A SELETIVIDADE DO SISTEMA NA ABORDAGEM DO LABELLING APPROACH E A DA INIBIÇÃO REINTEGRADORA**. Revista Jurídica Cesumar. 2019.

GUNTHER, Klaus. **A Critique of Punishment**. 2 DIREITO GV L. Rev. 187 (2006). Tradução: Flavia Portella Pischel.

GUNTHER, Klaus. **Critique of Punishment II**. 3 DIREITO GV L. Rev. 137 (2007).

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Filosofia do direito**. Trad. Paulo Meneses et al. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2010

HOWARD. Becker S. **Outsiders: Estudos de sociologia do desvio**. Rio de Janeiro. Ed. Zahar. 2008. Tradução: Maria Luiza X. de A. Borges.

HORNLE, Tatjana. **Teorias de la pena**. Centro de Investigación en Filosofía y Derecho. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2015. Tradução: Elena Bautista Pizarro.

JAKOBS, Gunther. **Sobre la teoría de la pena**. Cuadernos de conferencias y artículos. N° 16. Universidad Externado de Colombia. Centro de investigaciones de derecho penal y filosofía del derecho. Colombia, 1998.

JUZO, Ana Carolina; BARROS, Antônio Milton. **O FIM DA RESSOCIALIZAÇÃO PELA PRISÃO: UMA ANÁLISE DA FUNÇÃO ESPECIAL POSITIVA DA PENA SOB A ÓTICA DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA**. Revista de Iniciação Científica e Extensão. Faculdade de Direito de Franca. p. 29.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos Costumes**, ed. Vozes - Bragança Paulista, SP : Editora Universitária São Francisco, 2013. – (Coleção Pensamento Humano)

LEAL, João José, **Direito Penal Parte Geral**, 3º edição, Florianópolis: Editora OAB/SC, 2004.

LESCH, Heiko H. **La función de la pena**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999.

MAJDALANI, Ana Carolina Satas. **A RESSOCIALIZAÇÃO DO PRESO: com enfoque na criminologia crítica de Alessandro Baratta**. BRASÍLIA. Monografia. Centro Universitário de Brasília - UniCEUB Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS Curso de Bacharelado em Direito / Curso de Bacharelado em Relações Internacionais. 2022.

MORETZSOHN, Sylvia. **Imprensa e criminologia: O papel do jornalismo nas políticas de exclusão social**. Universidade Federal Fluminense.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal: teoria crítica**. 5º edição. Revista dos tribunais. Ed. Saraiva. 2018.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal parte general: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. 1º edição. München. Ed. Civitas. 1997

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 9. ed. (4. ed. do e-book) São Paulo: Revista dos Tribunais, Thomson Reuters, 2021. 416 p.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Prestação de serviços à comunidade: alternativa à pena privativa de liberdade**. São Paulo: Saraiva, 1993.

TRINDADE, Jorge; BEHEREGARAY, Andréa; CUNEO, Mônica Rodrigues. **Psicopatia: a máscara da justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ZAFFARONI, **Tratado de derecho penal parte general**. Buenos Aires. ed. Ediar. 1998.