

**UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE – UNESC**

**CURSO DE DIREITO**

**ANDRESSA FERREIRA MONTEIRO**

**A (I)LEGITIMIDADE DA PENA E DA INSUFICIÊNCIA DAS TEORIAS  
JUSTIFICACIONISTAS DA DOGMÁTICA PENAL A PARTIR DO MARCO DO  
ABOLICIONISMO PENAL**

**CRICIÚMA**

**2017**

**ANDRESSA FERREIRA MONTEIRO**

**A (I)LEGITIMIDADE DA PENA E DA INSUFICIÊNCIA DAS TEORIAS  
JUSTIFICACIONISTAS DA DOGMÁTICA PENAL A PARTIR DO MARCO DO  
ABOLICIONISMO PENAL**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado para obtenção do grau de bacharel, no curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense - UNESC.

Orientador Prof. Dr. Jackson da Silva Leal.

**CRICIÚMA**  
**2017**

**ANDRESSA FERREIRA MONTEIRO**

**A (I)LEGITIMIDADE DA PENA E DA INSUFICIÊNCIA DAS TEORIAS  
JUSTIFICACIONISTAS DA DOGMÁTICA PENAL A PARTIR DO MARCO DO  
ABOLICIONISMO PENAL**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado para obtenção do grau de bacharel, no curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense - UNESC.

Criciúma, 5 de dezembro de 2017.

**BANCA EXAMINADORA**

Prof. Jackson da Silva Leal - Doutor - (UNESC) – Orientador

Prof<sup>a</sup>. Monica Ovinski de Camargo Cortina - Mestra - (UNESC)

Prof. Valter Cimolin - Mestre - (UNESC)

**À minha mãe, que acreditou neste  
sonho tanto quanto eu.**

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente, à Deus.

À minha mãe, que possui meu amor incondicional e acreditou em mim em todos os momentos.

Ao meu pai, pelo incentivo nos dias mais difíceis.

Ao meu namorado, Franklin, por estar ao meu lado sempre.

A minha avó (in memória) por ser o meu anjo e ao meu avô, por todo apoio que prestou durante toda minha trajetória acadêmica.

As amigas que o curso de Direito me presenteou, em especial, Alice.

Ao meu orientador, Jackson, por não medir esforços para sanar com minhas dúvidas e tornou esse trabalho possível.

Ao professor Valter, responsável por despertar meu interesse na criminologia e a professora Monica, que me auxiliou na escolha do tema, bem como agradeço pelo tempo disponibilizado para serem minha banca examinadora.

A todos os professores que conheci durante o tempo em que convivi na Universidade e que fizeram total diferença na minha vida.

**“Demore o tempo que for para decidir o que você quer da vida, e depois que decidir não recue ante nenhum pretexto, porque o mundo tentará te dissuadir”.**

**Friedrich Nietzsche**

## RESUMO

O presente trabalho teve como objetivo a verificação da legitimidade das penas privativas de liberdade, a partir do estudo das teorias das penas. A escolha do tema se deu pela importância do estudo deste assunto na atualidade, quando se precisa mais do que nunca da atenção necessária voltada para a constatação da efetividade do sistema mais atuante da sociedade moderna. Utilizou-se para a realização deste o método de abordagem dedutivo. As técnicas de pesquisa utilizadas foram documental-legal e bibliográfica. Os resultados obtidos concluíram que de fato, não há nas teorias do discurso oficial da pena elementos que comprovam a legitimidade da pena privativa de liberdade. Ainda, houve a exposição de fatos dos quais contribuem para afirmação da crise enfrentada pelo sistema penal brasileiro, constatando a necessidade de uma imediata mudança no sistema, sendo exibido como solução o abolicionismo penal e as políticas criminais alternativas.

**Palavras-chave:** Teorias Justificacionistas. Crise do Sistema Penal. Abolicionismo Penal.

## **ABSTRACT**

*The present work had the objective of verifying the legitimacy of custodial sentences, based on the study of penal theories. The choice of theme was due to the importance of the study of this subject in the present time, when it is necessary more than ever of the necessary attention directed to the realization of the effectiveness of the most active system of modern society. The method of deductive approach was adopted for the accomplishment of this method. The research techniques used were documentary-legal and bibliographical. The results obtained concluded that in fact, there are no theories in the official sentence of punishment that prove the legitimacy of the custodial sentence. In addition, there was an exposition of facts that contribute to affirmation of the alleged crisis faced by the Brazilian penal system, noting the need for an immediate change in the system, with penal abolitionism and alternative criminal policies as a solution.*

**Keywords:** *Justifying Theories. Crisis of the Penal System. Criminal Abolitionism.*

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>9</b>
<b>2 A ORIGEM DAS PENAS E AS TEORIAS JUSTIFICACIONISTAS</b> .....	<b>11</b>
2.1 O SURGIMENTO DAS PENAS .....	11
2.2 A TEORIA ABSOLUTA (RETRIBUTIVA) DA PENA .....	17
2.3 A TEORIA RELATIVA (PREVENTIVA) DA PENA .....	19
2.4 AS TEORIAS MISTAS .....	22
<b>3 A FALÁCIA DO DISCURSO OFICIAL DA PENA E A SUPOSTA FALÊNCIA DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO</b> .....	<b>25</b>
3.1 AS CRÍTICAS A FRENTE DAS TEORIAS JUSTIFICACIONISTAS .....	25
3.2 AS POLÍTICAS CRIMINAIS .....	29
3.3 A CRISE DO SISTEMA PRISIONAL.....	32
<b>4 A CORRENTE ABOLICIONISTA E AS POLÍTICAS CRIMINAIS ALTERNATIVAS</b> .....	<b>38</b>
4.1 O ABOLICIONISMO PENAL.....	38
4.2 AS POLÍTICAS CRIMINAIS ALTERNATIVAS .....	44
<b>5 CONCLUSÃO</b> .....	<b>48</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>50</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O Código Penal brasileiro em seu artigo 32 prevê os tipos de pena e elencadas entre elas está a pena privativa de liberdade, a qual consiste no cerceamento do indivíduo condenado. Com o intuito de justificar a legitimidade do sistema penal bem como desta espécie de pena, houve o surgimento teorias advindas da dogmática penal, denominadas teorias absolutas (retributivas), teorias relativas (preventivas) e teorias mistas. Apesar de suas peculiaridades, possuem o mesmo objetivo. Contudo, existem inúmeras críticas à frente de tais teorias as quais buscam provar que não há, de fato, a constatação da legitimidade do sistema penal por trás das teorias do discurso oficial da pena.

Assim, o presente trabalho tem por escopo principal estudar as teorias justificacionistas em busca da legitimidade do sistema penal e das penas. É objetivo também analisar a origem da pena na antiguidade, como forma de entender como foi seu processo até concepção do Código Penal, analisar a função atual da política criminal e apresentar através do estudo do marco do abolicionismo penal as alternativas de pena possíveis para a sociedade moderna, em razão da suposta crise vivenciada pelo sistema penal na atualidade.

A monografia dividir-se-á em três capítulos, sendo que no primeiro capítulo será abordado o contexto histórico da prisão desde os primórdios até a atualidade, buscando entender todos os caminhos traçados até a constituição do Código Penal. No mesmo capítulo far-se-á um estudo sobre as teorias absolutas (retributivas), relativas (preventivas) e mistas, consideradas o discurso oficial da pena, com o objetivo de buscar entender se em seus atributos existe argumentos suficientes para legitimar a existência do atual sistema penal brasileiro.

No segundo capítulo serão analisadas as críticas existentes à frente das teorias do discurso oficial da pena, também denominadas teorias justificacionistas, bem como se fará um estudo sobre a atual função das políticas criminais e abordar-se-á a suposta crise enfrentada pelo sistema prisional brasileiro na atualidade.

No terceiro e último capítulo, apresentar-se-á o movimento denominado abolicionismo penal com o objetivo de explicar sua história e apresentar os autores que participam dessa corrente bem como se fará uma análise sobre as políticas

criminais alternativas como forma de uma possível solução para o problema criminal atualmente existente na sociedade moderna.

No decorrer dessa pesquisa foi utilizado o método de abordagem dedutivo mediante pesquisa teórica e qualitativa e técnicas de pesquisa documental-legal e bibliográfica.

A relevância do estudo do presente tema está na identificação da suficiência de elementos constantes nas teorias presentes no discurso oficial da pena para afirmar legitimidade da pena privativa de liberdade, prevista no Direito Penal e de conhecimento geral na sociedade, para assim constatar a verdadeira função do atual sistema penal brasileiro.

## 2 A ORIGEM DAS PENAS E AS TEORIAS JUSTIFICACIONISTAS

O surgimento do direito de um povo está diretamente ligado ao tempo de existência deste, sendo resultado de anos e o marco de diversas fases, acompanhando a evolução e adaptando-se a cada ano de existência, progredindo juntamente com os homens que ali vivem.

Assim, é necessário que haja um breve estudo para que se entenda a existência do atual sistema penal na sociedade (CAMARGO, 2005, p. 29). Neste mesmo segmento estão diretamente ligadas ao direito penal as teorias da pena das quais buscam soluções referentes ao delito, como forma de entender a criminalidade e buscar respostas, de como preveni-la e solucionar-la por fim, tornando-se justificativas para as penas privativas de liberdade (CONDE; HASSEMER; 2008, p. 169).

Neste capítulo será resgatada a história do surgimento das penas e será feito um estudo sobre a teoria absoluta (retributiva), a teoria relativa (preventiva) e a teoria mista, das quais são consideradas as teorias do discurso oficial da pena.

### 2.1 O SURGIMENTO DAS PENAS

O surgimento das penas está condicionado à aparição do homem na terra, há muito tempo atrás, quando as Sagradas Escrituras estabeleceram em suas escritas uma sanção a Adão e Eva no caso deles comerem o fruto proibido. Então, desde os primórdios havia uma delimitação entre o proibido e o permitido, acompanhado de uma punição/sacrifício a quem desrespeitasse a norma (BOSCHI, 2010, p. 87).

A função punitiva é encontrada nos mais remotos momentos da vida associativa. Na sociedade humana onde há um ordenamento jurídico, mesmo de forma embrionária (*ubi societas et ibi ius*), suas primeiras manifestações ocorrem no campo do Direito Penal, pela função punitiva e face à necessidade de assegurar a unidade, coesão e a organização do grupo contra o outro, sendo a forma mais eficaz do chefe fazer valer a supremacia. Entendia a pena no sentido lato como reação contra o membro da sociedade que tinha violado a norma de convivência (COSTA, 1980, p. 4).

Boschi afirma (2010, p. 89) que um grande acontecimento existente na história das penas é a denominada “vingança de sangue”. A vingança de sangue era utilizada por grupos da época para banir de sua tribo qualquer pessoa que desrespeitasse as normas de convivência, assim, estando este longe, o grupo estava livre de “contaminações”. Conforme Bissoli Filho (1998, p. 28) “as penas estavam assentadas no duplo pilar da expiação moral e da intimidação coletiva. Eram arbitrárias e bárbaras, prodigalizando os castigos corporais e a pena de morte”. A perda de paz também era um castigo utilizado pelos primórdios, objetivando a dificuldade que o infrator teria de viver sozinho ao ser expulso do grupo por conta dos impedimentos que encontraria ao seguir seu percurso, tais como a dificuldade de caçar e enfrentar eventuais animais que poderiam cruzar seu caminho (DOTTI, 1998, p.31).

O sistema talonial foi um marco para os tempos antigos. Para Boschi (2000, p.90) foi considerado um grande avanço, já que considerava somente o autor do fato, e não o grupo em que este pertencia.

Farias Junior (2001, p. 24) explica que havia o intuito de evitar as reações contra tribos inteiras e a justiça de talião tratou de garantir que a ação só poderia ser contra aquele que tenha infringido qualquer norma de convivência de modo que a tarefa do talião fosse um esboço do que se tem atualmente no princípio da personalidade, fazendo que o efeito da sanção alcançasse apenas o infrator.

Nas palavras de Costa Jr e Costa:

O primeiro direito a surgir foi o penal. A pena representava inicialmente a vingança privada da própria vítima, de seus parentes ou do agrupamento social (tribo) a que pertencia. A reação costumava superar em muito a agressão, a menos que o transgressor fosse membro da tribo. Era então punido com o banimento que o deixava entregue a sorte de outros agrupamentos (2010, p. 54).

Adiante, constata-se o surgimento da *compositio* (composição). Nessa fase, ao invés de reparar o dano através de sacrifícios, o infrator pagava pela sua pena através de indenizações em dinheiro ou em espécie. É de suma importância ressaltar que as penas primitivas eram meramente determinadas através do instinto,

diferentemente das penas estatais (COSTA JR; COSTA, 2010, p.54). Foi após o surgimento do Talião em que houve a constatação da punição como forma indireta ao fato ocorrido. Se a punição fosse decorrente do roubo, decepava-se a mão. Em caso de difamações, cortava-se a língua do infrator. E assim sucessivamente. Adiante, também considerada uma das primeiras punições, havia as chamadas “penas infamantes”. As penas infamantes existiam e atuavam diretamente no homem, retirando sua qualidade de cidadão e o considerando morto civilmente (COSTA, 1980, p.10).

Na antiguidade havia a chamada “justiça divina”. Segundo Boschi (2000, p. 88) acreditava-se que aquele que não estivesse em favor da norma e que a desrespeitasse estaria causando desagrado nos Deuses. Esses, descontentes, descontavam sua ira em fenômenos naturais como chuvas, terremotos, trovões, sendo que a única maneira de cessar com estes fenômenos era compensando seus pecados através de sacrifícios.

Conforme constata o mesmo autor:

Nessa ordem de ideias, o sacrifício humano aparecia como solução frequente à expiação das faltas coletivas. Imaginava-se que o oferecimento da donzela ao fogo vulcânico remiria a todos dos pecados e restauraria a paz, isolada ou coletivamente violada (BOSCHI, 2010, p. 89).

Com a aparição e reconhecimento do Cristianismo no início da Idade Média os pecadores passaram a ser punidos pela Igreja, e como modo de pagar penitência eram presos a estabelecimentos subterrâneos para redimirem-se de seus pecados (FARIAS JUNIOR, 2001, p. 25). Conforme explica Dotti (1998, p.32) “a igreja via no delito a expressão do pecado e para dirimir a culpa o infrator deveria sujeitar-se à penitência que poderia aproximá-lo de Deus”.

Bitencourt (2001, p. 9) discorre que o surgimento das prisões de Estado e a prisão eclesiástica ficaram caracterizados neste período. A primeira era destinada “[...] Aos inimigos do poder, real ou senhorial, que tivessem cometido delitos de traição, e os adversários políticos dos governantes”. Eram utilizadas concomitantemente com outras atividades diárias, por este motivo não aparentavam

serem prisões. Já a prisão eclesiástica era designada aos rebeldes e estava nitidamente ligada com a igreja.

Segundo Prado (2011, p. 525) “A prisão somente surge como pena no Direito canônico, através do recolhimento, em cela, dos religiosos que houvessem perpetrado delitos eclesiásticos, bem como daqueles submetidos a julgamento pelos tribunais da Igreja. ”

O fim do período da Idade Média foi marcado pela glória do rei, do qual era o soberano, o possuidor da lei (FARIAS JUNIOR, 2001, p. 25). A punição ficou reconhecida nessa época pelo ódio ao crime ou como vingança. A ideia era que ela não somente fosse um castigo por algo que não era permitido na época, mas que servisse como lição a todos, de modo que não fossem mais esquecidos, para que todos soubessem o que estava a lhe esperar no caso de não seguir com as normas. (CAMARGO, 2005, p. 32). O horror era seguido em cada execução de modo em que se tornou um ritual, devendo enaltecer todas as cenas cruéis ao infrator e que ficasse visível sua dor (FARIAS JUNIOR, 2001, p. 25).

Sob esse mesmo aspecto, Zaffaroni e Pierangeli (2001, p. 183) discorrem sobre a diversidade de formas de pena de morte, quais sejam elas nas palavras dos autores: “Forca, cruz, serra, fogo, apedrejamento, espada, afogamento, roda, esquartejamento, animais ferozes, flechas, martírio com espinhos, pisoteio de quadrúpedes, queda em precipício, etc”.

A idade moderna foi marcada pela pobreza na Europa, ocasionada pelas guerras religiosas. As vítimas dessa guerra viviam na escassez e sobreviviam através de roubos e assassinatos. Não havia como aplicar a pena de morte em todos os envolvidos. Assim, as penas privativas de liberdade e a criação de prisões foram defendidas por um movimento criado na segunda metade do século XVI como forma de evitar e corrigir os apenados (BITENCOURT; 2001, p. 16).

O mesmo século ficou evidenciado pela chamada “pena de galés”, das quais eram prisões flutuantes e pode ser considerada uma das mais cruéis deste tempo. As galés eram o destino de condenados a penas graves e prisioneiros de guerra e foi adotada por diversos países como Inglaterra, França, Espanha, etc (BITENCOURT; 2001, p. 18).

Bitencourt (2001, p. 28) ressalta que, não se deve acreditar que as penas privativas de liberdade surgiram apenas porque a pena de morte não conseguia cobrir a demanda da época, na verdade tornaram-se uma soma de fatores dos quais resultaram em seu surgimento, quais sejam: a maior valoração da liberdade e o racionalismo presente a partir do século XVI, a existência da má consciência que nas palavras do autor “[...]procurou substituir a publicidade de alguns castigos pela vergonha”. Ademais, as mudanças socioeconômicas das quais surgiram na passagem da idade média para a moderna e ainda, a razão econômica.

As penas nessa época permaneciam com caráter cruel, valorando-se de castigos corporais e utilizando o direito como garantidor de privilégios aos juízes, estes por sua vez, utilizavam da condição social para fazer seu julgamento. Não havia mais condição de continuar com a situação da forma que estava. Foi quando os filósofos, moralistas e juristas utilizaram de suas obras na segunda metade do século XVIII para fazer críticas a legislação penal vigente (BITENCOURT, 2001, p. 32).

Nas palavras do próprio autor:

As correntes iluministas e humanitárias, das quais Voltaire, Montesquieu e Rousseau seriam fiéis representantes, fazem severa crítica aos excessos imperantes na legislação penal, propondo que o fim do estabelecimento das penas não deve consistir em atormentar um ser sensível. A pena deve ser proporcional ao crime, devendo-se levar em consideração, quando imposta, as circunstâncias pessoais do delinquente, seu grau de malícia e, sobretudo, produzir a impressão de ser eficaz sobre o espírito dos homens, sendo, ao mesmo tempo, a menos cruel para o corpo do delinquente. (BITENCOURT, 2001, p. 32).

O auge desse movimento deu-se na Revolução Francesa, quando uma diversidade de pessoas sustentou a causa e lutou pela reforma do sistema existente. Deve-se ressaltar, dentre essas pessoas, três: Cesare Beccaria, do qual com seus postulados marcou o início da Escola Clássica da Criminologia e do Direito Penal, foi o criador da teoria clássica do contrato social e acreditava na pena como função utilitarista. John Howard, do qual reconheceu as ideias de Beccaria e preocupou-se em criar uma corrente da qual defendia a criação de estabelecimentos adequados para que fosse cumprida a pena. E Jeremy Bentam, que tutelava os fins preventivos

da pena e considerava que as prisões deveriam apresentar boas condições (BITENCOURT, 2001, p. 55-6).

Para Camargo (2005, p. 136) as penas de prisão podem ser ligadas diretamente com a Revolução Francesa, das quais foi a responsável por assentar os restos de feudalismo da Europa e estabeleceu a igualdade a todos através das associações políticas.

O surgimento das penas de prisão obtinha como escopo principal garantir o princípio da dignidade da pessoa humana, de modo que houvesse o reconhecimento dos direitos do indivíduo que infringiu a norma (ALBERGARIA, 1993, p. 26).

O Direito Penal no Brasil, conforme entendimento de Fragoso (1994, p. 55) quando colônia era regido pelas leis portuguesas, das quais foram aplicadas após seu descobrimento e devem estar presentes na história do direito penal brasileiro. Essas leis foram inseridas no chamado “Livro V” das ordenações Filipinas, e como esperado para a época possuíam caráter extremamente cruel, prevendo penas de morte por enforcamento, por fogo, ou pela vontade do executor e dos juízes. Ainda, previa penas como mutilações, tortura e confisco de bens. Não havia proporção entre as penas e o Estado permanecia extremamente ligado com a religião, e o objetivo principal era ainda a intimidação (FRAGOSO, 1994, p. 58).

A legislação de Portugal perdurou inclusive após a independência do Brasil, sendo substituída somente com o surgimento da carta constitucional de 1924. A Constituição determinava a criação de um Código Criminal e abolia as penas cruéis e este foi somente transformado em lei em 16 de dezembro de 1830. O Código previa diversas mudanças da legislação de Portugal, entre essas a exclusão de pena de morte para os crimes políticos e a reparação do dano causado pelo delito, porém ainda previa a pena de açoite junto à pena de morte aos escravos. O Código teve de ser revisto em 1888, quando a abolição da escravatura comprometeu alguns dispositivos do mesmo. Em 11 de outubro de 1890 o projeto de uma nova edição do Código foi aprovada e deu-se surgimento ao Código Penal de 1890 (FRAGOSO, 1994, p. 59-60).

Com o passar do tempo, novamente a necessidade de reforma deste Código veio à tona, resultando no Código penal de 1940 do qual perdurou em vigor até 1984, quando o Ministro da Justiça optou pela reforma do Código Penal e decidiu

que esta seria feita por etapas: primeiramente, a parte geral e depois a parte especial. Ao lado da nova parte geral do Código surgiu a Lei 7.210 de 11 de julho de 1984, chamada Lei de Execução Penal (FRAGOSO, 1994 p. 63-64-65).

Atualmente o Código Penal estabelece em seus artigos 32 e 33 a pena privativa de liberdade, da qual está prevista na espécie de detenção estabelecendo o regime semiaberto ou aberto, e na espécie de reclusão que trata do regime aberto, semiaberto ou fechado.

Com o advento do Código Penal brasileiro, houve o surgimento de diversas teorias com a objeção de justificar a existência da pena, das quais serão explanadas ao decorrer do presente trabalho.

## 2.2 A TEORIA ABSOLUTA (RETRIBUTIVA) DA PENA

Considerada a mais tradicional das teorias, a teoria absoluta (retributiva) da pena é baseada na “retribuição” ou “compensação do crime”, de modo que considera a punição como uma retribuição ao infrator do qual cometeu um mal a sociedade. Sob esse aspecto, o mal feito (delito) é compensando com outro mal (a pena). Conde e Hassemer (2008, p. 170) discorrem que não há, na teoria absoluta um fim utilitarista para a pena.

Messuti (2003, p. 22) ensina que a sociedade após o delito cometido, tem sua realidade alterada. A retribuição é o método possível de retornar as coisas aos seus lugares, recuperando o equilíbrio perdido.

Segundo Bozza (2015, p.22), a origem da teoria absoluta está condicionada ao Estado Absolutista, em que se visualizava através do rei a imagem da divindade. Assim os crimes cometidos nessa época eram considerados um atentado ao poder do rei e um afronte ao seu Deus. Com a queda deste modelo de Estado e o surgimento do capitalismo, que trouxe consigo o contrato social, a figura do rei soberano foi modificada pela figura do povo, eis que estes viabilizavam a punição como forma de manter a ordem social que era abalada pelo crime.

Com a concepção liberal de Estado a pena não possui mais a função de expiação do pecado (crime), típica de um Estado religioso, mas sim de retribuição à perturbação da ordem jurídica adotada pelos homens e consagrada nas leis. A pena é uma necessidade de restabelecer a ordem jurídica abalada (BOZZA, 2015, p. 22).

Conde e Hassemer (2008, p. 172) explicam que no caso de crimes violentos como homicídios, assassinatos, genocídios, deveria ser o infrator perseguido enquanto estivesse vivo para que tivesse sua devida punição, não importa quanto passe o tempo da data do crime, já que estes não deveriam ser prescritos.

Nas palavras de Haroldo Caetano da Silva:

Pela teoria absoluta ou retributiva, a pena apresenta a característica de retribuição, de ameaça de um mal contra o autor de uma infração penal. A pena não tem outro propósito que não seja o de recompensar o mal com outro mal. Logo, objetivamente analisada, a pena na verdade não tem finalidade. É um fim em si mesma (SILVA, 2002, p. 35).

Apoiada por grandes filósofos como Kant e Hegel, a teoria baseada na retribuição versa sobre um problema do qual já se sucedeu e acarretou danos a sociedade, diferentemente da teoria preventiva, da qual mantém o foco na prevenção de futuros delitos (CONDE; HASSEMER; 2008, p. 170).

Kant, conforme Bozza (2015, p. 26) “considera o direito como produto da sociedade e expressão de obrigações morais dos indivíduos”. Segundo a teoria Kantiana, a punição deve estar diretamente relacionada com o fato cometido, já que além de tudo está interligada com a ética e a moral. Sobre essa questão, explica Bozza (2015, p. 28) que “todo homem que mata deve morrer (relação de causalidade). Kant trouxe para a moral a lei natural de causa e efeito”. Ainda, deve-se ressaltar que o filósofo defende a ideia de que a retribuição é uma forma de justiça ideal para os indivíduos, pois sua única finalidade é retribuir a sociedade a justiça perdida por meio da infração (BOZZA, 2015, p. 28).

Para Hegel (1977, p. 85) o indivíduo é livre para cometer o crime, a partir do momento que o comete fere sua liberdade, encontrando através da pena uma forma de recuperá-la. Afirma a função da pena apenas na forma de restituição. Em

função deste fato, defende que a pena é justa exatamente por permitir que a liberdade seja renovada após o crime (HEGEL, 1977, p. 89).

Discorrem Conde e Hassemer (2008, p. 173) que a teoria absoluta ou retributiva “não pretende um fim real, esgota-se em si mesma e não se preocupa com a menor das consequências que a pena possa ter tanto para o condenado como para os demais cidadãos”.

A teoria absoluta (retributiva) da pena não é só bem recepcionada nos séculos passados, mas permanece presente nos dias de hoje por aqueles que não acreditam no caráter preventivo da pena (CONDE; HASSEMER; 2008, p. 170).

Diferentemente desta teoria, há a existência da teoria relativa da qual possui como escopo a prevenção, como será visto a seguir.

### 2.3 A TEORIA RELATIVA (PREVENTIVA) DA PENA

Contrariamente à teoria absoluta, a teoria relativa (preventiva) mantém seu ponto de convergência no futuro, esperando que a pena tenha o caráter ressocializador a quem praticou algum delito. Possui a pretensão de que as penas sirvam de forma intimidadora para quem tem alguma tendência de infringir a norma, desse modo, sendo exemplo aos cidadãos e inclusive ao próprio infrator, coagindo-os de maneira a obedecer às leis, mantendo a ordem social (CONDE; HASSEMER; 2008, p.170). O surgimento da teoria preventiva da pena deu-se por não haver na teoria absoluta (retributiva) um fundamento aparente (BOZZA, 2015, p. 45).

Pela teoria relativa, a pena é uma medida prática que visa impedir o delito. Esta teoria é dividida em duas: a da prevenção geral e a da prevenção especial. Para a primeira, o principal escopo e efeito da pena é a inibição que esta causa sobre a generalidade dos cidadãos, intimidando-os. Para a segunda, a pena visa a intimidação do delinquente ocasional, à reeducação do criminoso (NETO, 1999, p.15).

Bozza (2015, p. 45) discorre que uma das grandes diferenças entre as teorias do discurso oficial está no fato de que a teoria preventiva é baseada no caráter

utilitarista da pena, de modo que a legitimidade da pena é justificada através do castigo.

Junqueira e Vanzolini (2014, p. 470) explicam que as teorias relativas alegam não haver na teoria absoluta um fundamento, pois não existe um fim futuro para as penas estipuladas e desse modo não há como justificar a existência da mesma, já que a pena deve estar voltada a solucionar os problemas da criminalidade garantindo a boa convivência da sociedade.

Dentro da teoria relativa são existentes duas classificações, das quais são denominadas *prevenção geral e prevenção especial*. A prevenção geral trata da generalidade, utilizando a pena como demonstração há quem infringir as normas. Já a prevenção especial estuda diretamente o infrator. Ainda, existe a subclassificação destas em negativas ou positivas (JUNQUEIRA; VANZOLINI; 2014, p. 471).

Sob esse aspecto, discorrem Mello e Leal:

Que se dividem em: (a) prevenção geral, que tem sua função declarada primaz a de dissuasão e a (b) prevenção especial que pode ser dividida em positiva que evoca o discurso da ressocialização; e, negativa que aponta o isolamento puro e simples para defesa social (2016, p. 171).

A prevenção geral negativa é caracterizada pela ameaça penal. Bozza (2015, p. 72) explica que essa teoria foi desenvolvida pela capacidade de racionalidade do homem. Trata-se das intimidações aos cidadãos utilizando como base a punição de delinquentes, para que ao observarem sua dor e sofrimento não se envolvam com qualquer tipo de delito. Essa teoria enfrenta diversas críticas já que utiliza do infrator para a intimidação de terceiros, fato esse considerado inaceitável do ponto de vista humanitário (JUNQUEIRA; VANZOLINI; 2014, p. 741).

Nesse norte, leciona Bozza:

Esta teoria tem por objetivo evitar a prática de delitos por meio da ameaça das normas penais, mas acaba sendo uma teoria da imposição e da execução da pena, pois, para que a ameaça produza efeito, faz-se necessário que essa ameaça seja eficaz, é dizer, as ameaças de pena devem ser concretizadas (2015, p. 73).

Paul Johann Anselm von Feuerbach foi o grande desenvolvedor dessa teoria e baseou-se no fato da pena como a prova concreta da existência da efetividade na norma estipulada (BOZZA, 2015, p. 74).

Junqueira e Vanzolini (2014, p. 472) explicam que prevenção geral positiva, ao contrário da teoria anterior, prioriza a comunicação entre os cidadãos. Bozza (2015, p. 91) discorre que a necessidade do surgimento dessa teoria deu-se a partir do século XX, com o intuito de implantar nos indivíduos a “consciência política”.

Essa teoria considera a regra como uma situação normal enquanto as infrações como a situação anormal, que devem ser evitadas através da pena, permanecendo mantida a normalidade na sociedade. Nesse sentido, aludem os autores (2014, p. 473) que “a prevenção geral positiva tem como traço principal o aproveitamento da função comunicativa da pena, ou seja, a imposição da pena é um instrumento de comunicação do Estado com os Cidadãos”. A prevenção geral positiva acredita na racionalidade e entendimento do homem, não utilizando da sanção penal como forma de intimidá-lo, pois entende que apenas a comunicação o fará compreender e aprender (JUNQUEIRA; VANZOLINI; 2014, p. 473).

Bozza (2015, p. 91) ressalta a importância de estudar essa teoria pois são existentes na mesma dois segmentos diferenciados: O primeiro, seguido por autores como Roxin, do qual defende o fato da prevenção geral positiva ser existente de forma relativa e possuir a função de restaurar a confiança do povo no ordenamento jurídico. O segundo, por autores como Jakobs, do qual possui o entendimento dessa teoria como forma de afirmar a existência da norma pois segundo este, se não houvesse a pena, seria incerta.

Adiante, sobre a prevenção especial negativa é importante ressaltar que esta é caracterizada pelo cárcere do indivíduo em um primeiro momento e como segundo passo, utiliza da intimidação (JUNQUEIRA; VANZOLINI, 2014, p. 474).

Conforme os autores:

A intimidação individual, outra faceta da prevenção especial negativa, seria aperfeiçoada com intensos suplícios no cárcere, que restariam marcados na

memória do condenado de forma a impedir que voltasse a delinquir, dado o repúdio pela pena. (2014, p. 474).

Não há nesta teoria a humanização, pois seu objetivo real é que este após a coação, o infrator não volte a cometer delito algum, decorrente a lembrança existente em sua memória de tudo o que passou durante sua punição (JUNQUEIRA; VANZOLINI; 2014, p. 474).

Quanto a prevenção especial positiva, esta buscava reintegração do infrator na sociedade, de modo que este estaria preparado para a convivência com outros indivíduos assim que houvesse seu retorno. (JUNQUEIRA; VANZOLINI; 2014, p. 474).

A união das duas teorias anteriormente mencionadas originou a chamada teoria mista, da qual será explanada abaixo.

## 2.4 AS TEORIAS MISTAS

Segundo Zaffaroni e Pierangeli (2001, p. 119) as teorias mistas “Quase sempre partem das teorias absolutas, e tratam de cobrir suas falhas acudindo as teorias relativas”.

Destarte, tornam-se uma combinação entre as duas anteriormente citadas, de modo a dar ao condenado a retribuição pelo delito cometido e prevenir que haja novos delitos. (ZAFFARONI; PIERANGELI; 2001, p. 119). Nas palavras de Haroldo Caetano e Silva (2002, p. 36) “Da combinação entre as duas primeiras teorias, surge a terceira: a teoria mista ou eclética”.

Segundo Prado (2011, p. 519) as teorias mistas possuem maior domínio na atualidade e buscam fazer a conciliação entre a retribuição e a prevenção geral e especial. O mesmo autor discorre (2011, p. 521) que essa teoria se baseia primeiramente no delito já cometido e busca, dessa maneira, impedir que novos sejam praticados.

O surgimento da teoria mista deu-se por resultado das críticas conferidas as teorias absolutas e relativas. Desse modo, atribuiu-se apenas em uma teoria os fins retributivos e preventivos dos quais anteriormente eram isolados, agora utilizados simultaneamente (CARVALHO NETO; 1999, p. 16).

Para Noronha (2000, p. 223), as teorias mistas sustentam o caráter da pena de forma retributiva, mas reconhece sua função utilitária, de modo que agrega a teoria absoluta e a teoria relativa.

Sob esse mesmo aspecto, leciona João José Leal:

Modernamente, teorias mistas ou ecléticas procuram justificar a aplicação da pena com fundamento de ordem moral (retribuição pelo mal praticado) e de ordem utilitária (ressocialização do condenado e prevenção de novos crimes). A pena guarda inegavelmente seu caráter retributivo: por mais branda que seja, continua sendo um castigo, uma reprimenda aplicável ao infrator da lei positiva. Ao mesmo tempo, busca-se com ela alcançar metas utilitaristas, como a de evitar novos crimes e a de recuperação social do condenado (2004, p. 383).

Segundo Bitencourt (2001, p. 142) as teorias monistas, como a absoluta e a relativa, não são capazes de abranger os fenômenos sociais que são do interesse do Direito Penal, por isso existe a necessidade de adotar uma teoria que abranja a pluralidade da pena.

Zaffaroni e Pierangeli (2001, p. 119) discorrem em sua obra que o lema seguido por essa teoria tem origem da jurisprudência alemã, intitulado “a prevenção geral mediante retribuição justa”.

Queiroz leciona em sua obra que para esta teoria, a retribuição é proveitosa até alcançar o limite da prevenção, conforme se vê abaixo:

A pena é conceitualmente uma retribuição jurídica, mas retribuição que somente se justifica se e quando necessária à proteção da sociedade, vale dizer, é uma retribuição a serviço da prevenção geral e/ou especial de futuros delitos. A retribuição há de ser, nesse sentido, o limite máximo da prevenção (2005, p. 62).

Entretanto, são existentes inúmeras as críticas que afrontam as teorias ora apresentadas, pairando por diversas dúvidas acerca da existência da legitimidade do sistema penal. O segundo capítulo do presente trabalho será destinado para explicar sobre as críticas pertencentes as teorias absolutas, relativas e mistas. Concomitantemente, discorrer-se-á sobre o que constitui a política criminal bem como qual sua função na atualidade e apresentar-se-á os elementos dos quais comprovam a crise enfrentada pelo sistema penal atual.

### **3 A FALÁCIA DO DISCURSO OFICIAL DA PENA E A SUPOSTA FALÊNCIA DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO**

Presente na história das civilizações, a pena apresenta-se com continuidade desde os primórdios, como já anteriormente mencionado. Eis que sua legitimidade é constatada através das teorias mencionadas no capítulo anterior do presente trabalho (GOULART, 1994, p.18).

Sabe-se que são inúmeras as críticas existentes acerca dessas teorias das quais são denominadas “as justificacionistas da pena” e, por esse motivo, desperta-se a dúvida se há realmente a eficácia esperada por parte da pena.

Neste capítulo apresentar-se-á as críticas existentes no âmbito das teorias justificacionistas da pena, bem como, a função da política criminal na atualidade e far-se-á um estudo sobre a crise enfrentada pelo sistema penal vigente.

#### **3.1 AS CRÍTICAS A FRENTE DAS TEORIAS JUSTIFICACIONISTAS**

Como já anteriormente mencionado, as teorias absolutas são baseadas na retribuição de um mal, de modo que o fim da pena está em si mesma. O pressuposto para que haja a existência da pena é somente o delito praticado, ou seja, o castigo decorre do delito (QUEIROZ, 2005, p. 22).

Entretanto, Queiroz discorre (2005, p. 25) que “diversas críticas lhe são dirigidas. E não sem razão; objeções várias se lhe podem opor, com efeito. ” Conforme Goulart (1994, p. 15) a teoria absoluta não consegue fundamentar por qual motivo um delito deve ser submetido a um castigo/pena.

Para Roxin (1997, p. 81) não existe uma finalidade útil a se encontrar nessa teoria, visto que visa apenas importar um mal como forma de retribuir ao indivíduo o delito por ele cometido.

Sob esse norte, Queiroz (2005, p. 25) explica que não há nessa teoria pressupostos que ensinam uma margem certa para a punição das condutas, bem como “nada diz sobre qual deva ser seu conteúdo, e nada refere sobre quais as ações

passíveis de repressão, ou, ainda, sobre a melhor forma de enfrenta-las”, definindo seu caráter autoritário e forçoso. O mesmo autor (2005, p. 28) faz questão de salientar que não é sem propósito que não encontramos amparo à essa teoria na maioria dos códigos penais.

Inclusive Roxin (1997, p. 85) explica que a teoria absoluta era a responsável pelo atraso que consistia o sistema penal alemão em 1977, quando essa teoria era dominante no país.

Contudo, é de suma importância salientar que a presente teoria possui apenas a objeção de aplicar a pena, independentemente das razões das quais estão por trás do delito, deixando a mercê do legislador para que seja feita a sua vontade (QUEIROZ, 2005, p. 31).

Queiroz (2006, p. 31) discorre ainda que “absolutizar o sentido da pena, não se tem em vista a sua real posição dentro do sistema global [...] O retribucionismo absolutiza, na pena, todo controle social”.

O mesmo ocorre com as teorias relativas (preventivas) da pena. Do contrário da teoria anterior, essa não acredita no fim da pena estar em si própria, mas como intermediária para um determinado fim. São consideradas utilitárias e divididas entre a prevenção geral e especial, conforme já visto no primeiro capítulo do presente trabalho (QUEIROZ, 2005, p. 32).

Goulart, sobre as teorias relativas (preventivas), discorre (1994, p. 15) que as mesmas não dão qualquer explicação sobre o porquê de utilizar a pena. Sob esse aspecto, Queiroz ensina sobre a legitimidade dessa teoria para fazer a justificativa da punição de alguém:

Não responde tal teoria à indagação sobre sua própria legitimação, vale dizer, sobre como se justifica a punição de alguém, não em consideração a ele próprio, mas em consideração a outros que, com sua punição, poderão abster-se de prática semelhante. Nada diz, pois, sobre o porquê desta instrumentalização do infrator, potencial ou efetivo (2005, p. 35).

Ademais, não há a constatação da efetividade da norma penal como influencia eficaz para desestimular o indivíduo a infringir qualquer norma (QUEIROZ, 2005, p. 35).

Quanto a prevenção geral, Goulart assinala que (1994, p. 15) o grande problema está no fato dela utilizar a punição de um indivíduo para recair sobre outros. Queiroz (2005, p. 36) discorre que as inúmeras críticas existentes à frente dessa teoria são por ela não oferecer ao Estado limites quanto ao seu poder punitivo.

Para Queiroz (2005, p. 41) um bom exemplo a ser utilizado para resumidamente expor a falha contida na prevenção geral é o aborto. Apesar da intervenção penal bastante ativa a cerca deste assunto, “a verdade é que ninguém ao longo dos anos vem de se abster de praticá-lo em face da influência positiva da norma penal sobre a consciência ética.” Eis que os motivos utilizados para essa prática não são domados pela intervenção do sistema penal, pois dependem da moral, da religião, etc.

O mesmo autor faz questão de expor em sua obra sobre a intervenção do sistema penal à sociedade:

Numa palavra, tais fins não justificam os meios. Com efeito, num Estado que se quer democrático, que quer respeitar a dignidade da pessoa humana, que quer ser pluralista e maximamente tolerante ante a diversidade, não se pode pretender que, por meio da mais violenta forma de que este dispõe (o direito penal) para intervir sobre a liberdade dos cidadãos, sejam perseguidas tais finalidades. Uma tal pretensão, enfim, de ditar uma Ética, eticizando/moralizando seus jurisdicionados, contravém ao pluralismo ideológica inerente a idéia de democracia, sobretudo se se recorre a um castigo extremo, última ratio da política social, destinado à só regulação de conflitos de interesses especialmente agudos (QUEIROZ, 2005, p. 42).

Adiante, Roxin (1997, p. 85) explica que diferentemente da prevenção geral, a prevenção especial busca incidir no indivíduo para que não haja novos delitos. Nas palavras de Queiroz (2005, p. 54) “o fim da pena é evitar a reincidência”.

A primeira crítica a ser levada em consideração quanto a essa teoria é que para haver sua existência, deve haver um delito e um indivíduo que já o cometeu. Destarte, não há como a prevenção especial atuar antes da execução da pena. Ademais, nada impõe a respeito sobre os limites do Estado quanto sua atuação.

Dirige-se apenas ao indivíduo que infringiu a norma e, desse modo, torna-se inviável (QUEIROZ, 2005, p. 56).

Além disso, essa teoria fundamenta-se no autor e não no fato. Entende-se que por esse motivo, haveria maior disparidade e injustiça nas sentenças, já que o número de delitos praticados teria maior gravidade do que o fato em questão. Segundo Queiroz (2005, p. 58) “o autor de furtos sucessivos, embora de pouca importância social, poderia ser submetido a uma longa medida de segurança (ou pena), por ser considerado como perigoso, ao passo que um homicida ocasional poderia sofrer uma pena mínima. ”

Sob esse aspecto, pode-se concluir que essa teoria não faria vez para indivíduos que ocasionalmente cometeram algum ato danoso, pois, não haveria por parte desses indivíduos a intenção de cometê-lo novamente, de tornar-se reincidente. Assim, não haveria motivo para ser punido, visto que o escopo da prevenção especial é prevenir a reincidência (QUEIROZ, 2005, p. 58).

Nesse sentido, discorre Roxin:

Otro punto débil de la prevención especial se encuentra en el hecho de que no sabe qué hacer con los autores que no están necesitados de resocialización. Este problema no sólo surge con muchos autores de hechos imprudentes y con autores ocasionales de pequeños delitos, sino también con personas que han cometido delitos graves, pero en los no existe peligro de reincidencia porque el hecho se cometió en una situación de conflicto irrepitable, o cuando las distintas circunstancias temporales hacen imposible su nueva comisión. ¿Cómo va a justificarse desde un punto de vista de prevención especial, por ejemplo, el castigo de los delincuentes violentos del nacionalsocialismo que hoy en día son inofensivos y que viven en sociedad discretamente? (1997, p. 89).

Acerca das teorias mistas, Goulart leciona que não há como conectar a retribuição e a prevenção da pena. Segundo o autor:

Quando a punição é a resposta para a prevenção de crimes, encontra-se aí o escopo do ordenamento penal. Por outro lado, quando se afirmar que o réu é punido em razão de sua culpa jurídico-moral, define-se, então, a motivação jurídico-moral da pena. Verifica-se, pois, que os conceitos mencionados não dizem respeito às mesmas indagações, nada tendo a retribuição a ver com o escopo da pena (1994, p. 16).

Nesse norte, Queiroz (2005, p. 75) discorre que as teorias mistas partem da suposição da “idoneidade da ameaça penal para dissuadir comportamentos delituosos”, da qual não se tem constatação da efetividade. Ademais, sabe-se da existência de fatores que não sentem receio algum às penas, dos quais são baseados por complexas causas sociais, psicológicas e culturais e, dessa forma, não são “neutralizáveis” através dela. Segundo o mesmo autor “Se inexistir relação de adequação lógica entre meio (pena) e fim (prevenir crimes), faltam, evidentemente, os pressupostos de certeza e razão pretendidos.

### 3.2 AS POLITICAS CRIMINAIS

Por política criminal entende-se uma ciência de governo da qual versa sobre assuntos da área criminal (ZAFFARONI; PIERANGELI; 2001, p. 132).

Segundo Zaffaroni e Pierangeli (2001, p. 132) “a política criminal guia as decisões tomadas pelo poder político ou proporciona os argumentos para criticar estas decisões. Cumpre, portanto, uma função de guia e de crítica”.

Prado ressalta (2011, p. 66), que está diretamente interligada com a dogmática penal, eis que seus objetivos estão em analisar o direito estabelecido e adequar aos ideais instituídos e de forma justa.

Pode-se dizer que a origem das Políticas Criminais se deu pelos criminalistas Franz Von Liszt, Gerardo Van Hammel, Adolphe Prins, Carlos Stoos e outros, quando em 1889 fundaram a chamada União Internacional de Direito Penal, da qual esteve em funcionamento até o surgimento da Primeira Guerra Mundial em 1914. Havia anualmente encontros e destes obtinha-se a publicação de um boletim que era conhecido por “MITTEILUNGEN DER INTERNATIONALEN KRIMINALISTISCHEN VEREINIGUNG”. Este, de grande influência em toda a Europa, possuía os primeiros princípios que mais tarde constituiriam a Escola de Política Criminal (FARIAS JUNIOR, 1990, p. 17).

Carvalho Neto (1998, p. 84) discorre que Edmundo Mezger foi o primeiro a definir o conceito de Política Criminal, em sua obra nomeada “Política Criminal”, mas foi Von Lizst o precursor deste tema.

Segundo João Farias Junior (1990, p. 17) “Liszt definiu Política Criminal como sendo o conjunto sistemático de princípios segundo os quais deve o Estado conduzir a LUTA contra o crime por meio da pena e instituições afins e dos efeitos da pena e de suas medidas afins. ” Assim, é função da Política Criminal irradiar um planejamento eficaz e estratégias para a defesa social.

Quanto aos princípios fundamentais da Escola da Política Criminal discorre Junior em sua obra:

A União Internacional de Direito Penal, através de seus estatutos e sua doutrina, proclamava: 1) que o crime é um fato social; 2) que a missão do Direito Penal é a luta contra a criminalidade vista como fenômeno social; 3) que a pena não é o único meio de luta contra o crime, devendo-se buscar medidas substitutivas; 4) a duração da pena não deve levar em consideração a gravidade material da infração, mas a emenda ou não, do criminoso, isto é, a pena tem que ser finalística e não retributiva; 5) o delinquente é dividido primordialmente em dois tipos: ocasionais e habituais; [...] 6) o meio ambiente é o foco irradiador dos influxos deletérios que levam à criminalidade; 7) [...] não se pode conceber que o delinquente tenha-se feito fora do meio social; 8) contesta a eficácia da retribuição, pois a pena retributiva já tem sobejadamente demonstrado sua falência na luta contra a criminalidade e o fracasso nas suas funções de intimidação e de emenda; 9) pugna por tratamento diverso ao delinquente que mostrasse estado perigoso, nascendo dessa ideia a medida de segurança; 10) usava o lema “O MAXIMO DE DEFESA SOCIAL COM O MÍNIMO DE CASTIGO INDIVIDUAL” (FARIAS JUNIOR, 1990, p. 17).

Essa Escola obteve maior aprovação pelo fato de trabalhar com soluções concretas, enquanto outras se preocupavam com planos filosóficos. Sob esse aspecto, é de suma importância salientar as medidas subsidiárias a pena que obtiveram seu surgimento através da Escola de Políticas Criminais, quais são: tratamento para menores infratores, suspensão condicional da pena, medidas de segurança, amplificação do livramento condicional, entre outros. (FARIAS JUNIOR, 1990, p. 18).

Para Maia Neto (1998, p. 84) a Política Criminal faz parte da política legislativa e está presente desde a prisão provisória até a fase condenatória.

Entretanto Batista ressalta a influência da criminalidade como interferência na efetiva função da política criminal:

Tem de reconhecer-se que o clima moral social, o alargamento indiferenciado da intervenção penal às novas formas de criminalidade, organizada e de massa, e a insegurança (ou sentimento de insegurança) da população potenciam e caucionam um discurso repressivo. Estes aspectos, aliados a uma percepção social da violência, do risco e da ameaça que se tornam omnipresente, fazem perder terreno a uma política criminal que dê prioridade à garantia de liberdade em face do combate ao crime (1996, p. 150).

Hulsman (1993, p. 80) classifica três atividades estimuladas pela política criminal, quais sejam: As situações consideradas como problemáticas e presentes na sociedade são a primeira categoria, que aborda sobre os acontecimentos dos quais poderiam ser controlados e são constituídos por roubos, tráfico de drogas, infrações de trânsito, violência contra a mulher, poluição do meio ambiente, etc. Os problemas trazidos à sociedade através do sistema penal constituem a segunda categoria, que consiste em observar os custos sociais advindos do sistema, tais como estigmatizações e sofrimento, bem como a desigualdade, alienação e o delito como um temor social. E a terceira e última atividade estimulada consiste nos problemas atribuídos aos órgãos pertencentes ao sistema penal: o sistema penitenciário, a polícia, o legislativo, seja atribuído na falta dos recursos ou do treinamento suficiente para o efetivo cumprimento de eventuais funções.

No âmbito desses debates, considera-se que as soluções referentes a estes fatos são tomadas de forma fragmentada, sendo que o ideal seria resolver essas três classificações de problemas de forma conjunta (HULSMAN, 1993, p. 82).

Jakobs (2003, p. 36) explana que a política criminal sofreu uma alteração em seus elementos por conta da falha dos objetivos da pena privativa de liberdade. Desse modo, como descreve o autor “postula a permanente redução do âmbito de incidência do sistema penal”. Assim, há a grande tendência de ela resumir-se a uma mera política de segurança (BATISTA, 1996, p. 150).

Entende-se que amplas mudanças foram agregadas as políticas criminais nos últimos dois séculos, visto que não se considera mais como finalidade a ressocialização do indivíduo encarcerado pelos reformistas do direito penal, embora que muitos não admitam esse fato (SCHEERER, 1989, p. 15). Eis a importância da execução de políticas criminais alternativas, como será visto no próximo capítulo deste trabalho.

### 3.3 A CRISE DO SISTEMA PRISIONAL

São inúmeras as pessoas que acreditam fielmente na funcionalidade do sistema penal. Acreditam que o sistema é produzido por um legislador racional e que não permite espaço para lacunas. Que o sistema é justo e efetivo. Que existe a neutralidade do julgador (THOMPSON, 2002, p. 46).

Por isso, torna-se importante dar início a este capítulo com os questionamentos realizados por Hulsman e Celis, conforme vejamos:

Você diz: “Existe o Código Penal, que descreve – e limita – as condutas puníveis; existe o Código de Processo Penal, que garante que nenhum cidadão poderá ser preso arbitrariamente; os juízes são independentes do Poder Executivo; os processos são públicos... e os Tribunais velam pela regularidade de todo o procedimento”... Eu sei: é isto que se explica na Universidade. E este tipo de raciocínio, repetido no discurso oficial de outras instituições, é propalado tal e qual na sociedade pela mídia. Mas, será que todas estas regras formais, todos estes princípios que pretendem edificar uma justiça serena e imparcial, realmente protegem as pessoas de qualquer constrangimento arbitrário? E será que são válidos para a sociedade atual? (1997, p. 57)

As críticas das quais perduram sobre o sistema prisional são incalculáveis e mostram o contrário. Devido a elas, pode-se afirmar atualmente que há, de fato, uma crise existente nas prisões (BITENCOURT, 2001, p. 154).

Antes de adentrar às críticas das quais pairam dentre o sistema penal cabe salientar o que leciona Nils Christie a respeito do crime:

O crime não existe. É criado. Primeiro, existem atos. Segue-se depois um longo processo de atribuir significado a esses atos. A distância social tem uma importância particular. A distância aumenta a tendência de atribuir a certos atos o significado de crimes, e às pessoas o simples atributo de criminosas [...] as condições sociais são tais que criam resistências a identificar os atos como crimes e as pessoas como criminosas (1998, p. 13).

Diversos fatores são discutidos a respeito da eventual crise existente no sistema prisional. Bitencourt (2001, p. 157) discorre que o efeito “criminógeno” causado pelas prisões é o principal deles.

Por fator criminógeno se entende que a prisão deixa de cumprir sua função quando, ao invés de sustar a delinquência, tende a incentivar, tornando-se um mecanismo do qual permite a desumanidade. Não há como considerar que algum apenado tenha algum benefício quando somente recebe desse estabelecimento novos “vícios e degradações” (BITENCOURT, 2001, p. 157).

Bitencourt (2001, p. 158) discorre que os fatores criminógenos são divididos em materiais, psicológicos e sociais. Por fatores materiais entende-se a situação do estabelecimento e da alimentação dos apenados, das quais contribuem diretamente para o desenvolvimento de doenças. Nas palavras do próprio autor “...Contribuem igualmente para deteriorar a saúde dos reclusos as más condições de higiene dos locais, originadas na falta de ar, na umidade e nos odores nauseabundos”. Esse fator está presente inclusive nas prisões mais atuais, pois não há divisão do tempo do apenado entre exercícios físicos, trabalho e descanso, facilitando a existência de danos físicos e psíquicos a ele.

Constitui o fator psicológico o fato da dissimulação causada na mente do apenado pelo próprio estabelecimento prisional. A prisão é um lugar do qual tende a provocar mentiras e criar estratégias, podendo considerá-la capaz de induzir a prática reincidência do indivíduo encarcerado (BITENCOURT, 2001, p. 158-9).

Os fatores sociais são condicionados ao isolamento do recluso perante seu meio social. O afastamento de sua vida cotidiana e a aproximação para com seus companheiros de cela tendem a torna-lo cada vez mais próximo a vida do crime (BITENCOURT, 2001, p. 159).

Sob esse aspecto, leciona Thompson:

Diferindo em circunstancias fundamentais as condições de vida da prisão relativamente às da vida livre, aquele que ingressa na sociedade penitenciária submete-se a um processo de assimilação, a que Donald Clemmer deu o nome particular de *prisonização* (THOMPSON, 2002, p. 23).

Para Maia Neto (1998, p. 170) os efeitos causados pela pena ao indivíduo condenado estão muito mais adiantes do que a simples perda do direito à liberdade. Efeitos estes que inclusive se estendem a familiares e perduram após seu retorno à sociedade. O próprio autor afirma em sua obra (1998, p. 172) que não há como existir condições suficientes para uma vida digna dentro dos estabelecimentos prisionais.

Sob o enfoque do encarceramento, Hulsman e Celis lecionam:

Aprendemos a pensar sobre a prisão de um posto de vista puramente abstrato. Coloca-se em primeiro lugar a “ordem”, o “interesse geral”, a “segurança pública”, a “defesa dos valores sociais”... Fazem com que acreditemos – e esta é uma ilusão sinistra – que, para nos resguardar das “empreitadas criminosas”, é necessário – e suficiente! – Colocar atrás das grades dezenas de milhares de pessoas. E nos falam muito pouco dos homens enclausurados em nosso nome... (1997, p. 61).

Ainda, Hulsman e Celis (1997, p. 62) discorrem diversas questões. A falácia da abolição dos castigos corporais, pois não há como considera-los extintos com a existência de um estabelecimento que degenera os indivíduos que ali estão. “A privação de ar, de sol, de luz de espaço; o confinamento entre quatro paredes; o passeio entre grades; a promiscuidade com companheiros não desejados em condições sanitárias humilhantes; o odor; a cor da prisão; as refeições sempre frias;” Os inúmeros problemas dentários e digestivos que dominam os apenados. O corpo que é agredido lentamente. A vida pessoal que é atingida de todas as formas; A exposição da família. O isolamento do mundo.

Outros pontos que deveriam ser considerados, mas em sua maioria não são, é a da qualidade dos profissionais dos quais tem a função de tratar os indivíduos delinquentes, para que possam cumprir com êxito suas atividades. Além dos profissionais, também é importante se perguntar sobre o treinamento dos guardas que convivem diariamente e os atendem, pois isso acarretará diretamente no comportamento dos apenados e qual a possibilidade do país de investir e arcar com as verbas capazes de manter em funcionalidade todo o sistema (THOMPSON, 2002, p. 17).

Segundo Barrocal (2015) nos últimos 15 anos os índices demonstram que o Brasil é o país com mais presos, e também lidera o índice de homicídios. O próprio

título do artigo descreve a situação do país perante este fato: “Se cadeia resolvesse, o Brasil seria exemplar.” O mesmo autor recorda à superlotação das celas brasileiras dominadas pelo o que o próprio denomina de um “ciclo vicioso”: A lotação somada ao descontrole do Poder Público e dominadas pelo crime organizado tem como resultado um indivíduo alienado e totalmente fora de si para o retorno à sociedade.

Bitencourt (2001, p. 161) discorre que uma das maiores provas da falência das prisões é o elevado índice de reincidência, do qual perdura mesmo com a suposta existência de “tratamentos reabilitadores”.

Sob esse aspecto, Andrade (1997, p. 291) discorre que não há forma de reduzir as críticas existentes perante as instituições carcerárias, visto que a mesma é responsável pela produção de criminalidade e estimula a reincidência.

Moraes (2005, p. 111) leciona a culpabilidade do Estado quanto à omissão existente e falha nesse sentido. Não há, para o indivíduo que cumpriu sua pena oportunidades de emprego para que o mesmo consiga sustentar sua existência, seja por erro do Estado do qual não garante ao lhe dar a liberdade um trabalho, ou pelo preconceito de empresas privadas para com seus antecedentes criminais, fato esse que contribui para que o índice de reincidência continue crescendo.

Segundo Baratta (2011, p. 186) a exclusão do encarcerado permanece visivelmente após seu retorno à sociedade, de modo que o mesmo interpreta como “a vontade de perpetuar, com a assistência, aquele estigma que a pena tornou indelével ao indivíduo”. Para Moraes (2005, p. 75) não importa o tipo de prisão: “Sejam elas de segurança máxima, média ou mínima, serão sempre estabelecimentos penais, construídos em decorrência de fatos externos, os quais, em regra, não terão cura internamente”.

Bitencourt (2001, p. 159) leciona que é de extrema importância levar em conta a modernidade que está sendo vivenciada. Nas palavras do autor:

Um homem, por exemplo, que no início do século XX fosse condenado a cinco anos de prisão talvez, diante das condições da época, pudesse ser mais facilmente incorporado ao trabalho e à vida social. Porém, na atualidade, cinco anos podem significar uma segregação muito prolongada, que provavelmente impedirá a ressocialização do delinquente. Para medir os efeitos negativos da prisão, além do critério quantitativo, devemos levar em

consideração o número de anos e a velocidade com que se produzem as mudanças na sociedade (BITENCOURT, 2001, p. 159).

Ademais, não há a constatação em nenhum país, nem sequer nos países mais ricos de um estabelecimento prisional do qual teve resultados ao menos razoáveis (THOMPSON, 2002, p. 17).

Tasse (2004, p. 134) discorre que o enfoque da prisão é a reabilitação do indivíduo que infringiu o que o sistema penal denomina como crime. Porém, a atualidade demonstra outra realidade. A prisão nada mais constitui senão “uma severa forma de ataque físico e moral à figura do apenado”. Nils Christie (1998, p. 15) considera que “nada é tão completo em termos de constrangimento, degradação, e de demonstração de poder quanto à prisão”.

Nesse sentido, leciona Rodrigues:

Ela se constituiu fora do aparelho judiciário, quando se elaboraram, por todo o corpo social, os processos para repartir os indivíduos, fixa-los e distribui-los espacialmente, classifica-los, tirar deles o máximo de tempo, e o máximo de forças, treinar seus corpos, codificar seu comportamento contínuo, mantê-los numa visibilidade sem lacuna, formar em torno deles um aparelho completo de observação, registro e notações, constituir sobre eles um saber que se acumula e se centraliza. (2001, p. 195)

Foucault (2003, p. 196) por sua vez, descreve a prisão como “perigosa, quando não inútil” e ressalta o fato dela não controlar a criminalidade, crítica comprovada pelos índices que permanecem altos.

Para Guimarães (2006, p. 224) a pena privativa de liberdade, considerando desde o seu surgimento, nunca teve com o que contribuir para a sociedade. De modo contrário, sempre que houve a intenção de contribuir com algo bom para o indivíduo ou para a sociedade houve fracasso.

Thompson (2002, p. 16) leciona que reformar os indivíduos condenados através da prisão é uma verdadeira falácia, visto que não importa a quantidade de recursos destinados à estas instituições, não modificará este fato.

A respeito do sistema penal, Mello e Leal lecionam:

O sistema penal se constitui como o transformador de indivíduos em monstros sociais, na criação de instituições como o crime organizado e suas super organizações e propriedades supra-humanas, legitimando o agigantamento da monstruosidade do controle social genocida. (2016, p. 192)

Contudo, convém explicar segundo Hulsman e Celis (1997, p. 56), a todos que instruem ao sistema penal atuante que somente quando houver o discernimento “Do peso do que é essa máquina de punir e excluir [...] não se encontrará mais ninguém que avalize um tal sistema. Neste dia, uma verdadeira consciência popular reivindicará sua abolição.

## 4 A CORRENTE ABOLICIONISTA E AS POLITICAS CRIMINAIS ALTERNATIVAS

Diante dos fatos anteriormente explanados, sendo eles a insuficiência das teorias legitimadoras do sistema penal bem como a crise enfrentada por esse sistema na atualidade, o terceiro e último capítulo desta monografia tem como objetivo explanar sobre o movimento denominado Abolicionismo Penal.

Visando a aplicação racional da lei e com base e um direito jurídico fundamentado em políticas criminais que tenham como garantia os direitos humanos e os direitos sociais, deu-se origem a esse movimento denominado abolicionismo penal (POQUET, 2005, p. 122).

Destarte, considera-se objetivo também demonstrar as políticas criminais alternativas como possível solução para a sociedade moderna, conforme se discorrerá ao longo deste capítulo.

### 4.1 O ABOLICIONISMO PENAL

Originada nos anos 60, o abolicionismo penal é uma corrente prática e teórica que mantém severas críticas acerca do sistema penal. Resulta-se da mesma política contracultural que ocasionou o movimento do *labeling approach* e a criminologia crítica (SCHEERER, 1989, p. 13).

Salo de Carvalho (2013, p. 244) entende por abolicionismo penal “a matriz teórica que nega a atividade estatal sancionadora”. É uma forma de política criminal alternativa do qual enseja a erradicação do sistema penal, bem como apresenta inúmeras propostas para sua substituição.

O mesmo autor (2013, p. 245) discorre sobre a existência de diversas correntes dentro dessa teoria pelo fato do pouco consenso por parte dos autores denominados abolicionistas, mas que partilham “da crítica sociológica as agências penais, comungam de inúmeras e diversificadas propostas para a radical

contração/substituição do sistema penal por instancias não-punitivas de resolução de conflitos”.

Para Scheerer (1989, p. 17) a atração pelo abolicionismo penal surgiu com a degradação do sistema prisional, eis que busca o fim deste.

Zaffaroni (2001, p. 225) discorre em sua obra a importância de exaltar a diferença entre o velho abolicionismo, do qual pode-se denominar anarquista e luta pelo fim do sistema penal juntamente com o do Estado, e o novo abolicionismo, que obteve seu surgimento constatado após a Segunda Guerra Mundial e mantém como escopo o desaparecimento das prisões e do sistema penal com enfoque no direito dos presos.

Sobre o conceito de abolicionismo Gabriel Ignacio Anitua leciona:

Embora seu nome seja tomado da luta histórica contra a escravidão, e contra a pena de morte, nesses anos, e no interior da criminologia crítica, essa denominação seria atribuída à deslegitimação mais radical do sistema carcerário e da própria lógica punitiva (2008, p. 695).

São existentes quatro variantes não conflitantes no ramo do abolicionismo penal: Michel Foucault, que segue uma linha estruturalista, Thomas Mathiesen que prefere à linha marxista, Nils Christie com segmento na linha fenomenológico-historicista e Louk Hulsman com a fenomenológica (ZAFFARONI, 2001, p. 98).

Para Scheerer (1989, p.12) não se trata de um movimento simples e acabado. O abolicionismo mostra-se complexo e visionário.

Salo de Carvalho (2013, p. 245-6) explana que Michel Foucault foi de grande importância para a contribuição deste movimento. Segundo o autor “A problematização realizada em *Vigiar e Punir* possibilitou visualizar dois níveis de intervenção crítica: ao saber emanado pela criminologia tradicional e às estruturas capilares de poder”. Assim, foi de extrema importância para melhor entender o legítimo papel da criminologia tradicional, seja este justificar a existência da punição através da falácia da ressocialização, bem como consumir com o denominado sistema punitivo pois não há a existência de um “sujeito ou instituição possuidor de poder”.

Thomas Mathiesen, segundo Salo de Carvalho (2013, p. 247) foi o responsável pela criação da obra denominada “The Politics of Abolition” no ano de 1974. Esta idealizava o fim ou a ampla modificação das instituições carcerárias existentes na Noruega, Holanda e Belga, e resultou na criação de uma organização denominada “Organização Norueguesa Anti-Carcerária (KROM)” a qual possuía o objetivo de findar o cárcere juntamente com quaisquer penas alternativas.

Este autor partia da premissa que com uma sociedade organizada a tal modo de resolver por si só seus conflitos, não haveria a necessidade da existência das instituições carcerárias (ANITUA, 2008, p. 704).

Sob a mesma perspectiva, criava argumentos com o objetivo de sustar com as construções das prisões, eis que defendia a ideia de que quanto mais instituições construídas, mais pessoas estariam sujeitas a elas, tratando-se de “um negócio infinito” (ANITUA, 2008, p. 705).

Carvalho (2013, p. 247-8) identifica oito premissas seguidas por Mathiesen para reaver a construção de instituições prisionais, quais sejam:

(1º) A criminologia e a sociologia demonstraram que o objetivo de melhora do detento (prevenção especial) é irreal, sendo constatável efeito contrário de destruição da personalidade e a incitação da reincidência; (2º) o efeito da prisão no que diz respeito à prevenção geral é absolutamente incerto, sendo possível apenas estabelecer alguma relação do impacto de políticas econômicas e sociais na dissuasão do delito; (3º) grande parte da população carcerária é formada por pessoas que praticaram delitos contra a propriedade, ou seja, contra bens jurídicos disponíveis; (4º) a construção de novos presídios é irreversível; (5º) o sistema carcerário, na qualidade de instituição total, tem caráter expansionista, ou seja, suscita novas construções; (6º) as prisões funcionam como formas institucionais e desumanas; (7º) o sistema carcerário produz violência e degradação nos valores culturais; (8º) o custo econômico do modelo carcerário é inaceitável (CARVALHO, 2013, P. 247-8).

Ainda, constata que para Mathiesen os grandes responsáveis pela “tendência mundial do maxienarceramento” são de fato, os discursos que não demonstram a irracionalidade por trás das instituições. A grande diferença desta para com o discurso foucaultiano se dá pelo fato que Foucault baseia sua crítica no poder, enquanto Mathiesen baseia-se nas “estruturas repressivas” (CARVALHO, 2013, p. 249).

Para Nils Christie o sistema penal possui a única função de exalar dor e sofrimento. Assim, utiliza o autor como premissa propostas que extinguem ou impõem o mínimo de dor possível, tornando relevantes as penas alternativas de forma a serem substitutas aos castigos (CARVALHO, 2013, p. 250).

Christie utiliza três premissas para deslegitimar a criminologia tradicional:

(1º) Os centros de tratamento do delinquente são similares, quando não idênticos, aos cárceres comuns; (2º) os métodos científicos são inexistentes, pois nunca impediram a reincidência; e (3º) conceitos clínicos como periculosidade são absolutamente isentos de predicação. (CARVALHO, 2008, p. 129).

O autor, segundo Salo de Carvalho (2013, p. 250) precede que uma “alternativa viável ao sistema penal seria a construção de formas de justiça participativa e comunitária, mais próximas das relações privadas e distantes do modelo processual sancionatório”. Para este, deve-se extinguir a restrição de liberdade para que possa existir a reparação do dano. Christie defende a existência de “espaços formais de manejo de conflito”, de modo que a vítima seja integrada com o autor com o objetivo de buscar alternativas para compensar o dano sofrido.

Para Salo de Carvalho (2013, p. 252), Hulsman “é um dos principais pensadores da teoria abolicionista”. Este autor considera necessário abdicar do sistema penal de uma maneira integral, já que considera que o problema está incorporado em sua origem. Assim, a única forma de haver o aprimoramento da resolução de conflitos é com seu total abandono.

Sob esse aspecto, Anita leciona que o autor considerava necessário extinguir o significado de “delito”, conforme se expõe abaixo:

Com a eliminação da qualificação comum de “delito” para situações tão diversas, Hulsman queria indicar que se a comunidade aborda os eventos criminalizados e os trata como problemas sociais, isso permitiria ampliar o leque de respostas possíveis, não se limitando a resposta punitiva, que, ao longo da história, não somente não resolveu nada, como também criou mais problemas. O próprio sistema penal converteu-se, na atualidade, em um desses graves e violentos problemas (2008, p. 698).

O mesmo é considerado para outras expressões. O abolicionismo não surgiu somente com o intuito de abolir o sistema penal, mas também para desmascarar as palavras que, conforme discorre Anitua (2008, p. 698) “o sistema penal criou para confundir e negar realidades.”

O fato desse autor propor uma visão mais abrangente para com a vida social está condicionado ao ato do sistema penal de “criar individualidades irreais e uma interação fictícia entre eles”. Desse modo, acomoda as situações ou conflitos baseados em suas próprias regulamentações e necessidades, não tendo as partes quaisquer possibilidades de sugestionar em sua própria resolução, ficando a mercê do sistema. Anitua (2008, p. 699) considera que “além de não satisfazer a nenhuma das partes envolvidas no problema, gera novos problemas, como a estigmatização, a marginalização social, etc”.

Hulsman considera que a única função do sistema penal é fazer o mal:

O sistema penal é especificamente concebido para fazer mal. Como o sistema militar, tem por característica essencial o fato de ser extremamente perigoso, talvez mais ainda, pois este, pelo menos, permanece uma boa parte do tempo desativado. Naturalmente, quando o sistema militar entra em funcionamento, o estrago é muito maior. O sistema penal não tem este lado dramático, mas igualmente produz violência. Talvez mais violência, na medida em que, independente da vontade das pessoas que o acionam, ele é estigmatizante, ou seja, gera uma perda de dignidade. É isso a estigmatização... E o sistema penal funciona o tempo todo! (1997, p. 88).

Sob este mesmo aspecto, o autor considera um erro denominar o sistema penal como um sistema, já que ele possui características completamente contrárias deste e em diversos momentos age de forma contraditória, vez que um sistema é composto por uma soma de funções da qual resultam num único fim, enquanto este atua de forma “independente e isolada” (POQUET, 2005, p. 131).

Carvalho leciona (2013, p. 254) que para Hulsman a resolução dos conflitos está extremamente distante da justiça criminal e de fato são solucionados nas “esferas alternativas e informais”.

Nesse norte, ressalta que para o autor não existe qualquer diálogo nas instituições carcerárias de modo que tudo se baseia tão somente na coerção, tornando

qualquer comunicação impossível. Considera que as prisões não apenas privam a liberdade do indivíduo, como vão muito além disto, sendo por si só um mal social sem nenhum sentido específico (POQUET, 2005, p. 132).

Scheerer (1989, p. 7) considera o abolicionismo uma utopia e ressalta que este fato não o faz impossível, visto que muitas utopias são as reais fundadoras de grandes projetos sociais, que, decorrentes destas, vieram a ser concretizados. De igual modo, leciona (1989, p. 17) que é através de mudanças consideradas utópicas que há a transformação da sociedade. A queda do império romano e a abolição da escravatura são amplas referências das quais evidenciam a rejeição sofrida pelos abolicionistas no início desses movimentos. O autor recorda que os abolicionistas não tinham uma boa repercussão, pelo contrário, sofreram linchamento e perseguições, mas o fato mais importante a ser ressaltado é que devido a estes abolicionistas denominados utópicos, são existentes modificações tão importantes das quais tiveram reflexo no mundo inteiro.

Diante das vitórias abolicionistas, Scheerer recorda a abolição da pena de morte em diversos países e a desvinculação das prostitutas perante o processo penal em diversas nações, populares entre os anos de 1870 a 1930.

Importante ressaltar que o abolicionismo explanado no presente trabalho possui como escopo findar com uma instituição originada pelo mesmo movimento, eis que o objetivo da construção dos estabelecimentos prisionais na Idade Média, conforme anteriormente contextualizado no primeiro capítulo deste, era justamente findar com o castigo corporal utilizado na época como forma de repressão (SCHEERER, 1989, p. 19).

Destarte, Scheerer (1989, p. 52) leciona que a forma de aumentar a possibilidade de diminuir com os danos ocorridos nas situações problemas é justamente acabando com a ideia de que se deve aprisionar o indivíduo responsável pelo delito e castiga-lo. O abolicionismo se torna tão importante na atualidade pois o próprio sistema penal é um problema social. Abolir este sistema aparece como a única solução para este problema.

De igual modo, considera-se uma conquista o simples fato de explanar sobre o abolicionismo penal na atualidade, quando o instinto da vingança ainda permanece vivaz em inúmeras pessoas (BERISTAIN, 2000, p. 136).

## 4.2 AS POLITICAS CRIMINAIS ALTERNATIVAS

A insatisfação geral com a atual política criminal (tanto no âmbito de suas funções quanto com as consequências geradas pelo sistema penal) gera a grande necessidade da instauração de políticas criminais alternativas (HULSMAN, 1993, p. 86).

Hulsman (1993, p. 86) considera que os maiores contribuidores desta questão são os problemas que o sistema penal oferece a sociedade moderna. É de conhecimento geral os malefícios empregados através das sanções para os indivíduos condenados, mas, pouco se fala dos danos causados as vítimas pelo sistema, visto que não há sobre estas o controle da situação que as fizeram sentir danificadas.

Importante ressaltar que ao falar de uma política criminal alternativa não se está atribuindo ao sistema novas alternativas de sanções. Mas sim, de alternativas para fazer sua substituição, o que não quer dizer que elas significam ser exatamente de natureza jurídica (HULSMAN, 1993, p. 87). Desse modo, busca apresentar possíveis formas de abordar os problemas, visto que através do sistema penal não há como resolvê-los, conforme leciona Hulsman (1993, p. 91) o sistema penal distorce completamente a maneira de abordar as situações-problema.

João Marcello de Araujo Junior (1991, p. 78) discorre sobre as premissas da política criminal alternativa, das quais são constituídas pela abolição do sistema penal, visto que para este movimento a analisada a classe social da qual provém a criminalidade, de modo que para as classes proletárias deverá ser interpretado sobre o sistema capitalista enquanto a criminalidade advinda das classes dominantes (a criminalidade organizada, a corrupção política e a administrativa) deve ser interpretadas de forma diferente. É princípio também que haja a socialização de modo

alternativo, de modo que a função do Estado seja transferida a comunidade em condutas consideradas de natureza leve.

A premissa das políticas criminais alternativas é reeducar o indivíduo de modo que haja a transformação de suas reações individualistas e egocêntricas em conscientes e coletivas (SANTOS, 1981, p. 19).

Sob este aspecto, Tiburtino (2009) discorre sobre possíveis alternativas das quais são constituídas pela compensação do dano sofrido pela vítima, a utilização do dano terapêutico para que seja oferecido ao indivíduo uma nova readaptação de comportamento que corresponda ao problema, a punição revisitada através de um acordo entre as partes envolvidas, obviamente sem o envolvimento de qualquer instituição carcerária, modelos conciliatórios que partem do princípio do acordo entre as partes e principalmente a educação, da qual permitiria ao indivíduo o convívio em sociedade.

Para Hulsman (1993, p. 91), são poucas as situações problemáticas resolvidas através do processo legal. Conforme o autor, a maioria das situações problemas ocorridos que ocasionaram danos a vítima, podem ser abordadas de formas diferentes ao sistema penal. Afirma este fato exaltando a existência da denominada “cifra negra”, que refere-se à porcentagem de crimes desconhecidos pelo sistema penal.

O mesmo autor (1993, p. 91) expõe sobre um caso que consiste em uma ação reparadora coletiva no caso de três furtos que ocorreram em sua própria residência em dias alternados, porém praticado pelas mesmas pessoas. Hulsman explana que buscou relacionar-se com os envolvidos com o objetivo de entender o que os levou a praticar aquele ato, conheceu suas histórias e expôs a sua, como forma de juntos alcançarem uma solução que reparasse os danos sofridos ele e sua família.

Hulsman (1993, p. 91) versa sobre dois exemplos: O primeiro consiste nos resultados de uma pesquisa empírica sobre o uso do direito civil por mulheres vítimas de violência sexual feito na Holanda, do qual ficou constatado através do estudo feito que, de fato, a justiça civil era mais efetiva do que a criminal, vez que é de mais fácil acesso a vítima e possibilita a ela o controle de tal procedimento do início ao fim.

Destarte, constatou-se através da pesquisa que a justiça civil possibilita a maior publicidade da situação, visto que os procedimentos sumários são mais acessíveis, utilizando desta publicidade para chamar a atenção ao problema em questão. O segundo exemplo consiste nos resultados de uma investigação com o objetivo de incluir a participação comunitária em situações problemáticas, executado também na Holanda, em um bairro de classe média. Ocorria naquela comunidade que parte dos moradores que ali mantinham residência sentiam-se ameaçados pela outra parte de moradores, fazendo com que a qualidade de vida daquele local decaísse de forma gradativa. Devido as inúmeras queixas e acusações dos moradores, a atividade da polícia tornou-se maior. Toda via, ao invés de melhorar, somente piorou a situação fazendo com que muitas pessoas deixassem o bairro. A proposição de Hulsman para lidar com este fato foi de acionar o comitê do bairro como forma deste se responsabilizar pela situação, isso com seu auxílio, mas de forma independente. Através de uma espécie de inventário dos diferentes grupos existentes no bairro, foi-se separado através de seus estilos de vida, suas intenções, coisas boas e ruins que eram vivenciadas em diversas áreas, a que era motivo era atribuído pelos moradores a razão do problema que enfrentavam e o que estes pensavam a respeito, das opiniões destes indivíduos a respeito das diferentes instituições como a polícia, do setor médico, das autoridades, etc.

Através deste estudo, houve a formulação de como obter melhorias na comunidade, tudo baseado na proposição de Hulsman. Assim, constatou-se inúmeras diferenças, principalmente no fato da responsabilidade ter sido transpassada ao comitê do bairro, fazendo com que houvesse uma reorganização social naquele local. Não houve mais mudanças para outros bairros. Os problemas locais diminuíram significativamente. A relação entre os grupos que ali residiam melhorou imensamente (HULSMAN, 1993, p. 102).

O autor (1993, p. 102) ressalta que sua intenção ao explicar os casos acima mencionados é de mostrar a distorção causada pela justiça criminal para com os fatos criminalizáveis.

Sob esse aspecto, discorre (1993, p. 103) que não é possível oferecer formas de alternativas preconcebidas, visto que é necessário abolir com a justiça criminal em questão para progredir com as políticas criminais alternativas. A única

forma de desenvolver essa questão é tornando a sociedade liberta da crença de que há uma relação entre as situações-problema, fazendo a redefinição de cada área considerada problemática independentemente do que considera a justiça criminal. Somente desta forma se contribuirá para a instauração de políticas criminais alternativas e se terminará com as punições evidentemente injustas.

## 5 CONCLUSÃO

A presente monografia teve como escopo estudar em pesquisa teórica as teorias do discurso oficial da pena com o objetivo de compreender qual a legitimidade por trás do sistema penal vigente, bem como discorrer sobre o abolicionismo penal como forma de solução para o problema criminal da sociedade moderna, decorrente da situação que se encontra o sistema penal.

A pesquisa dividiu-se em três capítulos, sendo que no primeiro capítulo buscou-se entender a história das penas, da qual foi originada com o objetivo de extinguir com os castigos cruéis existentes na antiguidade e qual o discurso apresentado pelas teorias legitimadoras da pena.

Na sequência, expuseram-se inúmeras críticas existentes à frente destas teorias, como forma de questionamento referente à legitimidade oferecida por estas ao sistema penal. No mesmo capítulo houve um estudo sobre a política criminal atual, onde ficou constatado que a mesma não cumpre sua efetiva função na atualidade e discorreu-se sobre a crise enfrentada pelo sistema penal brasileiro na atualidade, expondo fatos dos quais provam este argumento.

O terceiro capítulo foi utilizado para discorrer sobre o abolicionismo penal, corrente que visa abolir o sistema penal atual, bem como estudou os autores e os princípios seguidos por este movimento como possível solução para o país na atualidade. Utilizou-se deste mesmo capítulo para apresentar as propostas de uma política criminal alternativa como substituição para a pena privativa de liberdade, pois como já mencionado anteriormente a política criminal atual não cumpre sua função de forma efetiva.

Constatou-se através do presente trabalho que, de fato, não há nas teorias do discurso oficial da pena elementos suficientes para provar legitimidade deste sistema, do qual é tão presente na vida cotidiana.

Demonstrou-se ainda que as instituições carcerárias foram originadas com o intuito de exterminar com os cruéis castigos vividos antigamente, porém o que se demonstra na realidade é que as prisões são um espelho do passado. Essas instituições não agregam benefício algum seja para o indivíduo que lá convive ou para a sociedade. Pelo contrário, preza pela desigualdade e incentiva a criminalidade cada vez mais.

Importante ressaltar que o objetivo deste trabalho é, de forma alguma, fechar os olhos para as situações-problemas ocorridas na atualidade. Mas sim, encontrar uma solução efetiva e de forma justa a todos, seja para o indivíduo condenado ou a vítima do fato, de modo que haja a solução para este grande problema enfrentado pela sociedade moderna, visto que não há esperanças para com o sistema penal vigente.

## REFERÊNCIAS

ALBERGARIA, Jason. **Manual de Direito Penitenciário**. Rio de Janeiro: Aide Ed, 1993.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: Do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

ARAÚJO JUNIOR, João Marcello de. **Sistema penal para o terceiro milênio**. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BARROCAL, André. **Se cadeia resolvesse, o Brasil seria exemplar**. In: Carta Capital, 2015. Disponível em: < <https://www.cartacapital.com.br/revista/838/se-cadeia-resolvesse-4312.html>> Acesso em: 09 nov. 2017.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 1996.

BERISTAIN, Antonio. **Nova Criminologia: À luz do direito penal e da vitimologia**. Brasília: Universidade de Brasília, 2000.

BISSOLI FILHO, Francisco. **Estigmas da criminalização**. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: Causas e alternativas**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BOSCHI, José Antônio. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 2 ed. São Paulo: Livraria do advogado, 2010.

BOZZA, Fabio da Silva. **Teorias da Pena**: Do discurso jurídico à crítica criminológica. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

CAMARGO, Joaquim Augusto de. **Direito penal brasileiro**. 2 ed. São Paulo: RT, 2005.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO NETO, Inácio. **Aplicação da Pena**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CHRISTIE, Nils. **A indústria do Controle do Crime**. Tradução de Luis Leiria. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CONDE, Francisco Muñoz; HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

COSTA, Álvaro Mayrink da. **Criminologia**. Rio de Janeiro: Rio, 1980.

COSTA JR, Paulo José; COSTA, Fernando José da. **Curso de direito penal**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DOTTI, René Ariel. **Bases e Alternativas para o Sistema de Penas**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 1998.

FARIAS JUNIOR, João. **Manual de direito penal**. 3 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2001.

\_\_\_\_\_; João. **Manual de Criminologia**. Curitiba: Juruá, 1990.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: Nascimento da prisão**. 27 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2003.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

GOULART, José Eduardo. **Princípios informadores do direito da execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel. **Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista: do que se oculta(va) ao que se declara**. (Tese). Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2006.

HEGEL, Georg Wilhelm Fridrich. **Princípios da Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1977.

HULSMAN, Louk. **El enfoque abolicionista: Políticas criminales alternativas. El poder punitivo del Estado. Criminología crítica y control social**. Argentina: Juris, 1993.

\_\_\_\_\_; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas Perdidas: O sistema penal em questão**. 2 ed. Rio de Janeiro: Luam, 1997.

JAKOBS, Gunther. **Fundamentos do Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia; **Manual de direito penal**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

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

MAIA NETO, Cândido. **Penitenciarismo em el mercosur**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

MELLO, Eduardo Granzotto; LEAL, Jackson da Silva. As manifestações da cidadania negada: pânico social e política criminal – o caso de Santa Catarina. Rio de Janeiro: **Revista Direito e Práxis**, 2016.

MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2003.

MORAES, Bismael B. **Prevenção criminal ou convivência com o crime**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2005.

NORONHA, M. Magalhães, **Direito Penal**. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

POQUET, Alejandro. **Temas de Derecho Penal e Criminologia**. Buenos Aires: Ediar, 2005

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **Novo olhar sobre a Questão Penitenciária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. 2 ed. Madrid: Civitas, 1997.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Criminologia Radical**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

SCHEERER, Sebastian. **Abolicionismo Penal**. Traducción del inglés por Mariano Alberto Ciafardini y Mirtan Lilián Bondanza. Buenos Aires: Ediar, 1989.

SILVA, Haroldo Caetano da, **Manual de Execução Penal**. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2002.

TASSE, Adel El. **Teoria da Pena**. Curitiba: Juruá Editora, 2004.

THOMPSON, Augusto. **A questão penitenciária**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

TIBURTINO, Grace Fernandes de Sousa e. **Sistema penal: Da deslegitimação à sua abolição**. In: *Âmbito Jurídico*, 2009. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6850](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6850)>. Acesso em: 09 nov. 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 5. ed Rio de Janeiro: Revan, 2001.

\_\_\_\_\_; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.