



FRANCO CRUZ MÔNEGO

**A FACE OCULTA DO CONTROLE DA CRIMINALIDADE: A
descaracterização da pena de prisão enquanto
instrumento do direito de punir**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao Grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Criminais, sob orientação da Professora Doutora Anabela Miranda Rodrigues

2017



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



• U • C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

FRANCO CRUZ MÔNEGO

**A FACE OCULTA DO CONTROLE DA CRIMINALIDADE: A
descaracterização da pena de prisão enquanto instrumento do direito de punir**

**THE HIDDEN FACE OF THE CRIME CONTROL: The decharacterization of
the prison sentence as an instrument of the right to punish**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito, na área de especialização em Ciências Jurídico-Criminais, como requisito para obtenção do grau de Mestre, também pela Universidade de Coimbra, Portugal.

Orientadora: Anabela Miranda Rodrigues

Coimbra

2017

AGRADECIMENTOS

Apesar das inúmeras pessoas pelas quais sou grato na confecção desta dissertação e pela conclusão deste mestrado, certamente não conseguirei esgotar as menções neste momento. Seria uma pena deixar de fazê-lo, principalmente porque penso no dia em que abrirei esta dissertação guardada em minhas gavetas, e talvez esta seja, das mais de 100 páginas, a que mais gostarei de ler.

Portanto, agradeço, de toda sorte, aos meus pais e minha irmã, família que sabe muito bem o valor que possui na minha vida, sem os quais jamais poderia concretizar este sonho de realizar um mestrado em Portugal. Apesar de todas as dificuldades que enfrentamos no aspecto emocional, estamos aqui hoje, unidos do nosso modo.

Aos “quatro irmãos”, Bernardo Rocha Loures, Anderson W. Sampaio e Lucas “Sauro” Maravalhas, que juntos de mim, formam a melhor equipe de pessoas escolhidas pela vida. Foi um ano de experiências, convivência e conseqüentemente, muito amor. Somos amigos cúmplices, somos irmãos de 2015 em diante, porque assim conduzimos as coisas de uma forma melhor, nos preocupando uns com os outros. Cheguei em Coimbra como um menino, e com nossas dificuldades e vitórias, retornei um homem, nunca esquecerei, um muito obrigado para vocês.

Aos professores que participaram da minha formação, em especial Dr. Pedro Caeiro, que no memorável momento em que estava com a maior instabilidade emocional na realização deste mestrado longe, me motivou de forma a suprir qualquer saudade de casa, mesmo sem saber. No mais, à Dra. Anabela Miranda Rodrigues, orientadora desta dissertação, que apesar de não ter tido o privilégio de ser seu acadêmico em sala de aula, bem sei dos seus méritos, e agradeço pela orientação realizada, mesmo que nos limites da distância que resguardamos entre nós.

Júlia Mendonça, saiba que é inevitável pensar sobre qualquer coisa em Coimbra sem lembrar de você, obrigado pelas noites que não deixamos ninguém dormir, e por tudo mais que você passou a significar para mim. Agradeço também aos portugueses que me ajudaram na noite histórica que ensejou minha cicatriz, os quais sequer sei o nome, mas simbolizam o momento em que comecei a amar Portugal e suas pessoas. Vanessa Viana, você sabe o quanto sua presença significou para mim nos momentos mais difíceis, e o quanto vou sempre apreciar sua companhia de muito bom gosto, nossos jantares, almoços e noites de estudo ficarão guardadas para sempre.

Por fim, aos amigos e amigas que me cobraram a realização dos parágrafos que seguem nesta produção científica, e ao professor Dr. Daniel Lena Marchiori Neto, que simbolizou o verdadeiro divisor de águas da minha graduação (1º ciclo), e fomentou o meu apreço pela vida acadêmica, e conseqüentemente, pela realização de um mestrado.

“Sabes que o desenho do adeus é fogo que queima devagar”

RESUMO

O presente trabalho remonta os alicerces de legitimação para o direito de punir e aplicação de sanções, especialmente a pena de prisão. Esta, por sua vez, é abordada com sérias críticas negativas, mormente porque possui funções não declaradas sob o ponto de vista social e jurídico. A pena de prisão fomenta a criminalidade e a desigualdade na sistemática social, e assume uma funcionalidade negativa em diversos sentidos. Apesar das teorias que apresentam o sistema prisional como uma resposta plausível e talvez até primordial do poder punitivo estatal, muitas nuances resguardam entendimento contrário. Conhecê-las é de fundamental importância para a concretização de mudanças que irão impulsionar as sistemáticas de controle da criminalidade para um próximo nível, realmente capaz de produzir mudanças no convívio social.

Palavras-Chaves: Sistema prisional. Direito de Punir. Controle da Criminalidade. Criminologia.

ABSTRACT

This work remounts the pillars of legitimation to the right to punish and sanctions application, especially the prison sentence. This is covered with serious negative reviews, mainly because have undeclared functions under the social and legal point of view. The prison stimulates crimes and the social inequality, and assumes a negative feature in many senses. Despite theories that present the prison system as a plausible and the first one answer of the punitive power state, many nuances hold otherwise understanding. Meet them are fundamental to achieving changes that will boost the systematic control of criminality to the next level, actually able to produce changes in the social conviviality.

Key-Words: Prison System. Right to Punish. Criminality Control. Criminology.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1 – Raça, Cor ou Etnia nos estabelecimentos prisionais brasileiros.....	47
Figura 2 – Destinação do estabelecimento prisional por gênero.....	48
Figura 3 – Faixa etária das pessoas privadas da liberdade.....	49
Figura 4 – Destinação dos estabelecimentos prisionais (provisórios/definitivos).....	51
Figura 5 – Distribuição de crimes tentados e consumados.....	52
Figura 6 – Quadro explicativo: <i>Labelling Approach</i>	69

LISTA DE ABREVIações

INFOPEN: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	6
2. CONSIDERAÇÕES ACERCA DO DIREITO DE PUNIR	9
2.1 A ORIGEM DE UM PODER DE CONTROLE SOB AS LÓGICAS FILOSÓFICAS DE ROSSEAU E BECCARIA	9
2.2 O DIREITO PENAL ENQUANTO TUTELA DOS BENS JURÍDICOS	12
2.2.1 A CARÊNCIA DA TUTELA PENAL E A SUBSIDIARIEDADE	14
2.2.2 A DIGNIDADE PENAL	17
2.3 TEORIAS JUSTIFICADORAS PARA A INCIDÊNCIA DO DIREITO PENAL	18
2.3.1 TEORIA DA RETRIBUIÇÃO	18
2.3.2 TEORIA DA PREVENÇÃO ESPECIAL	20
2.3.3 TEORIA DA PREVENÇÃO GERAL	21
2.3.4 TEORIA UNIFICADORA E TEORIA UNIFICADORA DIALÉTICA	23
2.4 FINS CONTRADITÓRIOS	24
2.5 CONCLUSÕES PARCIAIS	28
3. A PENA DE PRISÃO SOB PERSPECTIVA FILOSÓFICA	31
3.1 OS CRIMES SUJEITOS À PENA DE PRISÃO: CONSTRUÇÃO DA CONVENIÊNCIA SOCIAL	33
3.2 A IRRECUPERAÇÃO SISTEMÁTICA	36
3.2.1 REABILITAÇÃO SOCIAL INEFICAZ	37
3.2.2 O CONSEQUENTE TRATAMENTO EM COMUNIDADE	40
3.2.3 EXEMPLOS PRISIONAIS PRÁTICOS	42
3.3 A “POLÍTICA” PRISIONAL	45
3.3.1 PRISÃO E CONTROLE SOCIAL	47
3.3.2 OS PRESOS PROVISÓRIOS	52
3.3.3 <i>WHITE COLLAR CRIME</i> E SUA INEXPRESSIVIDADE PRISIONAL	55
3.4. CONCLUSÕES PARCIAIS	63
4. CONSTRUÇÕES CRIMINOLÓGICAS INERENTES AO FRACASSADO SISTEMA PRISIONAL	66
4.1 PARADIGMA ETIOLÓCO: CRIMINALIDADE E SENSO COMUM	67
4.1.1 LABELLING APPROACH: O ROMPIMENTO CIENTÍFICO DO PARADIGMA POSITIVISTA	69
4.2 CRIMINOLOGIA CRÍTICA	74
4.2.1 O MARXISMO COMO PONTO DE PARTIDA PARA A ESTRUTURAÇÃO SOCIAL CRIMINÓGENA	77
4.2.2 DESIGUALDADE ESTRUTURAL DO SISTEMA PENAL	79
4.2.3 AS INSTÂNCIAS FORMAIS DE CONTROLE	81
4.3 CONCLUSÕES PARCIAIS	91
5. A FACE OCULTA DO CONTROLE DA CRIMINALIDADE	93
5.1 FUNÇÕES REAIS DO NOVO SISTEMA PENAL	94
5.2 O LEVANTAMENTO DE UM PROBLEMA QUE DESTONA A APRESENTAÇÃO DE SOLUÇÕES CONCRETAS	96
6. CONCLUSÃO	100

1. INTRODUÇÃO

A inquietude com a resposta prisional aos conflitos sociais é algo que emerge, no plano científico, há considerável tempo. Transcorrida de um contexto onde a pena de prisão possuía uma finalidade mitigada em comparação à política criminal contemporânea, sua adaptação ao longo do tempo resulta em um paradoxo lógico quase inconciliável. Sem pretender adiantar conclusões, o levantamento é apenas para elucidar os desdobramentos que serão realizados nos próximos capítulos.

A pena de prisão, desde sempre, necessitou de alguns pressupostos essenciais de aplicação. Essencialmente, precisa estar inserida em circunstâncias aceitáveis no meio social em que se adequa, seja sob o ponto de vista jurídico, seja sob o ponto de vista filosófico. É por isto que o direito de punir consubstanciado na aplicação prisional precisa estar consubstanciado em alicerces fortes, que foram se moldando e se adequando ao longo do desenvolvimento das sociedades. Para uma análise detalhada sobre esta questão, é imprescindível que haja um caráter multidisciplinar, especialmente com abordagens sociológicas e filosóficas que são inerentes à construção social propriamente dita.

O poder de controle é desdobrado de formas diferentes pela filosofia criminal. Entretanto, existem algumas condições essenciais para que seja alcançada a legitimidade de, oportunamente, punir determinadas condutas e pessoas. Dentre estas, em caráter de pressupor a verdadeira integração no objeto deste trabalho científico, *Beccaria* e *Rosseau* serão autores tidos como base, no ponto de vista sociológico e filosófico que concede origem às primeiras organizações estatais, hábeis a ensejar os critérios da penalidade.

Mais do que isso, os referidos critérios englobam, além das teorias sociológicas e filosóficas, as teorias da pena, que consistem nos critérios repressivos e preventivos. Dito isto, em um primeiro momento o intuito será sempre o de tornar legítima a aplicação penal e, conseqüentemente, a pena de prisão, valendo-se dos critérios justificadores elencados doutrinariamente no âmbito acadêmico. Se o direito penal e as sanções existem enquanto repressivas e preventivas, devem existir por alguma razão, para tutelar determinada circunstância ou manter seleta ordem. Somente sob este prisma é que a legitimidade para punir pode ser encontrada, quando o valor que busca se resguardar é superior à garantia que se mitiga – no caso da pena de prisão, a liberdade –.

Uma vez elencados os critérios para definição e aceitação de normas penais, é dado o momento de encontrar as primeiras contradições. Neste panorama, um segundo período irá se ocupar de pensar sobre a pena de prisão, ou seja, trata-la em uma ótica filosófica, com o levantamento de muitos questionamentos. Os primeiros elementos da inquietude, mencionada no primeiro parágrafo desta introdução, serão trazidos com o fim de relativizar a credibilidade da pena de prisão, essencialmente tratada em momento anterior.

Poder-se-á vislumbrar com clareza a forma como os delitos elencados pela legislação penal são construídos, e a forma como a pena de prisão afeta, sistematicamente, a adequação e construção social. Certamente alguns pontos da criminologia precisarão ser abordados para desconstituir a imagem de que a prisão é a melhor resposta, seja imediata ou de longo prazo, aos conflitos sociais, dentre estes, os definidos como conduta criminosas.

Mas toda a estrutura, seja do sistema prisional enquanto instituto, seja dos integrantes destes sistemas, possui inúmeras falhas evidentes. Neste passo, a ressocialização talvez possa ser apontada como o maior fracasso. Novamente, para não correr o risco de adentrar no conteúdo em momento introdutório, é importante frisar que a ideia de desconstituir o sistema prisional e a finalidade da ressocialização se inicia agora, e somente se findará no concluir da última palavra deste trabalho científico.

Entretanto, o principal objetivo será sempre demonstrar que o sistema prisional, do modo como encontramos hoje na maioria dos países adeptos majoritariamente à pena de prisão, pode ser, ou não, inservível para a política criminal contemporânea, e conseqüentemente para aquilo que a sociedade realmente deseja, a segurança, provida pelos órgãos protetivos. Ora, se a segurança não encontra padrões aceitáveis, neste caso em especial no Brasil, mas a sistemática criminal e prisional se perpetua da mesma forma há tantos anos, algo evidentemente está incorreto.

Portugal, por exemplo, se comparado ao Brasil, pode ser visto como um país com maiores hipóteses de consenso, mas a diferença cultural justifica a utilização de mecanismos alternativos de controle da criminalidade. Em uma sociedade onde o delito se encontra concentrado nos crimes contra o patrimônio, as hipóteses podem ser elencadas de uma forma diferente. No Brasil, entretanto, haja vista a maior diversidade de delitos,

divergência considerável na contextualização e organização social, política e econômica, as soluções e alternativas não podem ser idênticas.

De qualquer forma, a criminologia será de grande valia para conceder um aspecto universal, ou quase isso, para esta pretensão científica, que constata no problema – da insuficiência da pena de prisão enquanto solução dos conflitos sociais –, uma verdadeira pergunta que, no presente momento, carece de resposta. Questões prisionais foram tratadas dentro deste contexto, em várias vertentes, mas o *labelling approach*, a criminologia crítica e as teorias acerca do *White Collar Crime* se revelarão como elementares para a situação pretendida.

Retomando, os levantamentos: 1) transcorrem a legitimidade da existência de um direito de punir para a viabilidade da utilização da pena de prisão. 2) mitigam a viabilidade da pena de prisão enquanto solução dos conflitos sociais, haja vista a grande quantidade de máculas na vertente da legitimidade; 2) sobrevindo o amparo criminológico, a pena de prisão é colocada ainda mais em situação inviável, haja vista a aparente contradição lógica entre aquilo que aparenta ser, e aquilo que realmente é; Prosseguindo, feitas estas considerações, espera-se estar demonstrada a face oculta do controle da criminalidade, que ocupa espaço, inclusive, no título desta produção científica, e as consequentes nuances relacionadas ao assunto.

2. CONSIDERAÇÕES ACERCA DO DIREITO DE PUNIR

Antes de se realizar uma abordagem acerca da contraprestação criminal através do sistema prisional, é, pelo menos de bom alvitre, que sejam tratadas algumas questões fundamentais, antecedentes à existência de qualquer espécie de carceragem. Afinal, quando pensamos no direito penal e nas normas que, eventualmente, possam cessar as liberdades individuais de determinada pessoa, é natural e inevitável um questionamento muito simples. Por quê? Se, nascidos neste século, restamos inseridos em um contexto social e jurídico construído cuidadosamente ao longo dos anos, mas nem sempre fora assim, e respostas rasas não servem aos anseios científicos.

Mas claramente, não é somente a legitimidade para incidir normas sobre algumas condutas a única pergunta desta etapa introdutória. Ora, é também de se perguntar o sentido da existência de uma norma penal capaz de violar garantias conquistadas ao longo do tempo.

As dificuldades de adequação prática do direito penal passam muitas vezes despercebidas e são deixadas de lado por mera viabilidade. Estes questionamentos retomam aos alicerces da existência do Estado e de qualquer forma de controle social.

2.1 A ORIGEM DE UM PODER DE CONTROLE SOB AS LÓGICAS FILOSÓFICAS DE ROSSEAU E BECCARIA

Uma das questões primordiais sobre o assunto, era, na antiguidade, como dar origem a um Estado sem prejudicar massivamente as liberdades individuais naturais. Como, afinal, garantir alguma espécie de ordem social sem que restassem totalmente prejudicadas aquelas vontades presentes no âmago das pessoas? Rosseau acreditava nesta possibilidade através do que nomeou de *Contrato Social*. A partir deste, a prevalência seria da soberania política da vontade coletiva. Isto, entretanto, não significava se abster totalmente das suas vontades individuais. Em verdade, por uma questão de lógica, aquelas vontades coletivas, em certo momento, se tornariam os anseios de cada um.

Se guiados apenas pelas suas vontades individuais, os homens chegariam a um ponto insustentável. Haveria um momento em que arrastar-se por cima das forças que

geram obstáculos a manutenção da natureza de cada um, deixaria os homens incapazes de subsistir. Sucumbiriam àquela desordem se não mudassem a sua maneira de ser¹.

Desta forma, precisariam encontrar uma maneira de associação que, mantendo o *status quo* – sentimento de liberdade –, defenda e proteja da força comum a pessoa e os bens de cada membro. Haja vista que todos estariam unidos, não estariam obedecendo a ninguém senão a si mesmos. Este é o problema fundamental que se desdobra na resposta do contrato social².

Todas as disposições desse contrato social se reduzem, aparentemente, a uma só: a alienação de todos os direitos individuais, em favor de toda a comunidade. Mas esta alienação jamais ocorreria de forma compulsória, em verdade, trata-se de um conjunto de atos voluntários que visam assegurar o bem-estar de cada alienante. Cada um se torna parte integrante de um todo, ninguém perde sem que se ganhe, é a lógica do contrato social³.

A soberania se desdobra diferentemente de outros filósofos póstumos. No caso do contrato social de Rousseau, soberano é o próprio povo. Neste caso, a figura do Estado ainda estava muito difusa, e muitos riscos haviam de ser apontados neste gênero de regime. A existência de um estado poderia macular a vontade geral, da mesma forma que, um indivíduo, se instituído como soberano, poderia fazê-lo. Tão logo a multidão se reúna em um corpo, fica impossível ofender um membro sem lesionar o corpo em uma perspectiva geral, e este era o ponto primordial da tomada de cada decisão⁴.

Analisado que a existência de um soberano constitui uma espécie de delegação de liberdades através de um contrato social implícito, a conclusão só pode ser de que este seria o único ente capaz de exercer o direito de punir. Ainda assim, não pode fazê-lo de forma indiscriminada. Necessita, acima de tudo, encontrar harmonia social, pois somente assim estaria legitimado suficientemente. Não é tão simples quanto parece, ao menos no ponto de vista formal. Por isso torna-se importante a perspectiva de Beccaria.

“Ninguém faz graciosamente o sacrifício de uma parte de sua liberdade apenas visando ao bem público. Tais fantasias apenas existem nos romances⁵”, expôs Beccaria. Não há bondade que, do ponto de vista da natureza humana, justifique tamanho sacrifício

¹ ROSSEAU, Jean-Jacques. Do Contrato Social. 1º edição, Martin Clared: São Paulo, 2013, p. 24.

² Ibid., p. 24.

³ Ibid., p. 25.

⁴ Ibid., p. 28.

⁵ BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Tradução de Torrieri Guimarães, 11º edição, Hemus: São Paulo, 1996, p. 14.

coletivo de forma inquestionável. É certo que cada um gostaria de, se possível, não estar amarrado às convenções que obrigam os demais homens.

As leis podem ser vistas, ao menos inicialmente, como as condições de agrupamento humano na superfície da terra. No surgimento das primeiras civilizações, a necessidade de recursos e as facilidades ensejaram os primeiros grupos, e a necessidade de resistir aos primeiros geraram os demais. Assim passaram a existir estes bandos, em constantes barbáries entre si. Diante deste panorama e do constante temor de encontrar inimigos em toda parte, a manutenção das suas liberdades passava a ser inútil, mormente porque rotineiramente rompidas em conflitos. Consequência: o sacrifício parcial da liberdade para usufruir do restante delas com mais segurança, ainda que de forma conjunta⁶.

A soma dessas liberdades parciais passou a constituir a soberania da nação, e com a existência de um soberano, lá estava o encarregado dos trabalhos da administração e das leis. Mas somente a existência de um instituto responsável por estes encargos não era suficiente, era necessário protegê-lo contra a usurpação de cada particular. Eram necessários meios sensíveis, mas muito poderosos para coibir o espírito de despotismo, que poderia levar a sociedade novamente ao caos. Estes meios foram as penas estabelecidas aos que atentassem contra a ordem social⁷.

Daqui é possível extrair que somente a necessidade gera, ao homem natural, o ato de ceder uma parcela das suas liberdades. Esta parcela, entretanto, representa sempre o mínimo possível, necessário para manutenção de uma ordem que garanta a realização do restante das suas vontades. Ou seja, esta cessão é ínfima, e possui um propósito de legitimação que jamais pode ser rompido. O rompimento deste propósito é coibido, em tese eficientemente, através das penas.

A reunião de todas essas pequenas parcelas de liberdade constitui, para Beccaria, o fundamento do direito de punir. Qualquer tentativa de exercer o poder que se distancie deste fundamento passa a constituir um abuso, e não justiça, pois perde, em sua essência, a legitimidade⁸. Por isso as penas possuem uma limitação muito tênue, e são deslegitimadas em excessos injustificáveis no que se relaciona ao ponto de vista social.

⁶ Ibid. p. 14.

⁷ Ibid., p. 15.

⁸ Ibid., p. 15.

A justiça possui um temperamento mutável de acordo com a perspectiva a ser exercida sobre ela. Ela não é mais do que vemos, senão o que somos. Por esta razão é que as formalidades estabelecidas socialmente são de fundamental importância. Com elas, a ideia individual de justiça cede espaço à uma espécie de procedimento implicitamente aceito pela coletividade, e o justo deixa de ser aquilo que cada um pensa ser, para se tornar um instrumento de harmonia social, que também deve servir como pressuposto para o controle de determinados atos.

A conclusão de que o soberano – ou Estado⁹ – surge para assegurar, em detrimento da mínima liberdade possível, a coexistência livre e pacífica entre os integrantes da sociedade, pode ser facilmente retirada. Dito isto, não restam sombras de dúvidas que o instituto que possui legitimidade para exercer o poder de punir é o mencionado.

Acontece que outros questionamentos pairam sobre esta temática. A exemplo, precisamos concordar que este tipo de tutela possui um aspecto muito geral, especialmente se estivermos nos referindo às leis penais, que não podem possuir características banais de penalização. Por esta razão, analisando sob uma perspectiva jurídica, e não tão intrinsecamente social, como definir com exatidão os comportamentos passíveis de sanção?

2.2 O DIREITO PENAL ENQUANTO TUTELA DOS BENS JURÍDICOS

Os limites do poder punitivo só podem resultar de uma conjectura na contemporaneidade: a finalidade do direito penal enquanto integrante do ordenamento estatal. Para fins de consenso “universal”, e indo na mesma linha do que foi trazido anteriormente, a finalidade mencionada pode ser compreendida como a garantia dos pressupostos de uma convivência pacífica, livre e igualitária entre os homens¹⁰.

O pressuposto, como já exposto no item anterior por Beccaria e Rosseau, é de que determinado grupo celebra um acordo, delegando a garantia da sua convivência a um ente superior. Acabam por conceder a legitimidade de elaborar leis penais proibitivas capazes de assegurar a mencionada coexistência livre e pacífica. Como as mencionadas podem vir

⁹ Este na lógica contemporânea de organização social.

¹⁰ ROXIN, Claus. Estudos de Direito Penal. Tradução de Luís Greco. 2ª Edição. São Paulo: Editora Renovar, 2008, p. 32.

a limitar as liberdades individuais, pode-se gerar um paradoxo, que, entretanto, se resolve com a seguinte conclusão: para fomentar as finalidades, não se pode proibir mais do que o necessário¹¹.

A pena é a intervenção mais grave nas liberdades individuais. O direito penal, diante destas colocações, pode ser estritamente desnecessário em certas ocasiões. Esta desnecessidade se revela evidente quando a problemática social envolvida puder ser resolvida, *prima facie*, por outras esferas do direito, ou por medidas extrajudiciais. Sob a perspectiva do contrato social e da delegação de poderes, torna-se imprescindível que o Estado se valha destas alternativas, a fim de não agredir as liberdades individuais injustificadamente.

Tudo o que fora tratado até o presente momento parece relativamente óbvio, mas não o é necessariamente em um panorama mundial. Não é possível deduzir comportamentos penais de contextos éticos ou morais. Muitos princípios são, meramente, questões de crença. Aqui está o grave equívoco de impor premissas ideológicas com o auxílio do direito penal, esta não é e não deve ser a sua função nuclear, embora muitos Estados não coadunem com este posicionamento¹².

Costa Andrade se atenta à esta linha de raciocínio, alertando que o direito penal só está legitimado a servir valores ou metas relacionadas ao sistema social, jamais a fins transcendentais de índole moralista, ideológica, religiosa ou metafísica. O Estado não pode se valer do poder punitivo para estabelecimento de uma moral absoluta. Não pode ser a justiça em forma própria, mas representar uma serventia ao bem comum de forma justa¹³.

Portanto, a fim de evitar a personificação estatal de uma frágil ideia de “dever”, obrigando todos os submetidos ao cumprimento de anseios que não podem ser sustentados no ordenamento jurídico e social, é que o direito penal deve ser visto sob a ótica da proteção subsidiária de bens jurídicos. Em linhas muito rasas, entende-se por bens jurídicos aqueles que são pressupostos a um convívio pacífico entre os homens, fundados na liberdade e na igualdade¹⁴. É exatamente por isso que a utilização do direito penal em certas circunstâncias, como a mencionada no parágrafo anterior, é tão grave, pois estas

¹¹ Ibid., p. 33

¹² Ibid., p. 34.

¹³ ANDRADE, Manuel da Costa. A “Dignidade Penal e a “Carência de Tutela Penal” como referencia de uma doutrina Teleológico-Racional do Crime. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra, ano 2, 1992, p. 178.

¹⁴ ROXIN, Claus. Estudos de Direito Penal. Tradução de Luís Greco. 2ª Edição. São Paulo: Editora Renovar, 2008, p. 35.

crenças não são necessariamente representativas de bens jurídicos. Mais do que isso, o Direito Penal não deve servir para tutelar toda a universalidade de bens jurídicos, mas apenas aqueles que contenham dignidade penal, ou seja, relevância suficiente para possuir uma tutela mais severa.

Em verdade, quando se trata de um Estado de direito, a noção de bem jurídico se encontra estritamente ligada com o consenso democrático. Somente com este intuito é que o direito penal recebe segurança suficiente para a construção de tipos penais. O bem jurídico deve ser usado como princípio interpretativo, e, conseqüentemente, como ponto de partida da estrutura do delito¹⁵, mas não necessariamente sempre como ponto conclusivo.

Assim, a legitimidade para a existência de um dispositivo legal que envolva o direito penal deve estar em consonância com a tutela dos bens jurídicos fundamentais, estes entendidos como aqueles indispensáveis à coexistência livre e pacífica em sociedade. A incidência do referido dispositivo legal só será legítima quando aplicada de acordo com a subsidiariedade, voltando-se aos bens jurídicos com dignidade penal.

2.2.1 A carência da tutela penal e a subsidiariedade

Mesmo nos casos em que determinado comportamento precise ser repellido, a proibição através da sanção penal somente se justifica em uma hipótese. Esta hipótese seria a inexistência de outro meio, menos gravoso às liberdades individuais, capaz de gerar o mesmo efeito protetivo. Neste caso, surgem os primeiros desdobramentos acerca da subsidiariedade e da carência da tutela penal.

A carência da tutela penal dá expressão ao princípio da subsidiariedade e ao da *ultima ratio* do direito penal. Ou seja, só deve haver intervenção penal quando a proteção não possa ser alcançada por meios menos gravosos para a liberdade. A carência da tutela penal, significa, em essência, que a tutela deve ser adequada e necessária para a prevenção da danosidade social, e que a incidência do direito penal não acarrete efeitos secundários, desproporcionalmente lesivos aos direitos individuais¹⁶.

Costa Andrade¹⁷ alerta:

¹⁵ BITENCOURT, Cesar Roberto. Tratado de Direito Penal. 17ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 744.

¹⁶ ANDRADE, Manuel da Costa. A “Dignidade Penal e a “Carência de Tutela Penal” como referência de uma doutrina Teleológico-Racional do Crime. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra, ano 2, 1992, p. 184

¹⁷ Ibid., p. 184.

A carência de tutela penal analisa-se, assim, num duplo e complementar juízo: num primeiro lugar, um juízo de necessidade (Erforderlichkeit), por ausência de alternativa idônea e eficaz de tutela não penal; em segundo lugar, um juízo de idoneidade (Geegnetheit) do direito pena para assegurar a tutela e para fazer à margem de custos desmesurados no que toca ao sacrifício de outros bens jurídicos, máxime a liberdade.

Anabela Miranda Rodrigues alerta que as novas diretrizes da sistemática penal, especialmente voltadas para o aspecto preventivo, ensejam no entendimento de que a privação da liberdade deve ser, sempre, a última alternativa da justiça criminal. E em decorrência disso, são geradas duas conseqüências distintas, a serem fomentadas pelo legislador o máximo possível. A primeira, a da reconformação da pena de prisão, buscando minimizar todos os efeitos negativos, concedendo-lhe, em contrapartida, um aspecto prospectivo e socializador. A segunda, da limitação da incidência concreta da prisão, visando prioridade para medidas alternativas não institucionais, nesta, expressando a *ultima ratio* da justiça criminal¹⁸.

No entendimento de Figueiredo Dias, não havendo um propósito para a tutela de um bem jurídico-penal, não pode haver criminalização. Entretanto, nem sempre que se encontre um bem jurídico digno de tutela, necessariamente deve haverá previsão legal de repressão¹⁹. A intervenção penal passa por uma peneira condizente com a realidade social. Nesta, não é de se analisar apenas aqueles bens jurídicos relevantes socialmente, mas também os meios eficazes para a solução dos problemas.

Questionar a incidência do direito penal é importante, mas pode parecer demasiadamente rasa, quando não são apresentadas alternativas aptas a concretizar a carência da tutela penal e, conseqüentemente, a subsidiariedade. Em verdade, existem algumas alternativas com efeitos consistentes sobre a tutela de bens jurídicos, mas três são elencadas por Claus Roxin.

A primeira consiste em pretensões de indenizações de direito civil, que especialmente em violações contratuais, são suficientes para regular o interesse das partes. Certas situações, que embora não envolvam o sistema prisional, trazem efeitos à persecução penal, são comumente encontradas nos juizados especiais criminais, onde a

¹⁸ RODRIGUES, Anabela Miranda. Novo Olhar sobre a Questão Penitenciária: estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2001, p. 31.

¹⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. Temas Básicos da Doutrina Penal: sobre os fundamentos da doutrina penal sobre a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 57.

vítima, em ações públicas condicionadas ou privadas, possui maior preocupação com a reparação civil do que com o aspecto criminal dos atos do delinquente²⁰.

A segunda alternativa são as medidas de direito público, que em certos casos podem vir a gerar mais segurança do que o direito penal. Existem diversas atividades que são reguladas pelo poder público, e o controle exercido, bem como eventual penalização pecuniária, podem vir a ser mais prudentes do que a incidência do direito penal²¹.

A terceira possibilidade circunstancia a atribuição de ações de lesividade social relativamente reduzida a um direito de contravenções penais. Estas contravenções penais, entretanto, devem prever sanções pecuniárias ao invés de penas que restrinjam alguma liberdade individual. Este foi o caminho seguido pelo direito alemão nas últimas décadas, mormente diante da existência da Lei de Contra-ordenações (*ordnungswidrigkeitsgesetz*)²².

Há de se alertar, entretanto, que a incidência do direito penal, para corroborar a subsidiariedade, não deve ser entendida como uma alternativa sempre posterior às medidas acima apresentadas. Em verdade, algumas condutas são tão lesivas socialmente, que sequer cogitam uma punição por outra esfera jurídica que não o direito penal. A subsidiariedade, em essência, não representa necessariamente um sistema de escalonamento. Certas condutas, embora nunca regulamentadas por outras esferas do direito, são alvos diretos da tutela penal sem que se viole o princípio em questão, pois não seria razoável tutelar certos bens jurídicos indispensáveis, como a vida, por vias medianas.

Assim, apesar da estrita ligação entre a carência da tutela penal e a subsidiariedade, estes não se confundem, se completam. A carência da tutela penal traz a incidência da subsidiariedade, isto porque uma tutela penal somente será iminente necessária, quando outros meios mais eficazes e menos danosos não tenham sido suficientemente satisfatórios. Ainda assim, para delimitação mais conclusiva das condutas a serem tuteladas pelo direito penal, é necessário desdobrar os conceitos acerca da dignidade penal.

²⁰ ROXIN, Claus. Estudos de Direito Penal. Tradução de Luís Greco. 2ª Edição. São Paulo: Editora Renovar, 2008, p. 68.

²¹ Ibid., p. 68.

²² Ibid., p. 69.

2.2.2 A Dignidade Penal

A escolha dos bens jurídicos suficientemente importantes para receber tutela penal, é justamente a escolha daqueles que possuem dignidade penal. Se o direito penal se ocupasse de incidir sobre a universalidade dos bens jurídicos, seria em consequência dos aspectos democráticos de qualquer civilização. Um poder punitivo com características banais não é interessante às sociedades atuais, e a resposta punitiva do direito penal só deve ser válida em uma ocasião, quando efetivamente necessária.

A dignidade penal pode ser definida como a expressão de um juízo qualificado de intolerância social, calcado na valoração ético-social de uma conduta, tendo como pressupostos verificadores, a sua criminalização e a punibilidade²³. Deste entendimento, a dignidade penal visa resguardar uma verdadeira relevância social à determinada conduta como pressuposto de punibilidade. Ora, se não há considerável reprovabilidade social em determinado modo de agir, não há, nem mesmo assentando-se na subsidiariedade, necessidade de criminalizar e punir.

Ainda neste contexto, Costa Andrade classifica a dignidade penal em três planos diversos. No plano transistemático, a dignidade penal concede eficácia ao mandamento constitucional de que somente os bens jurídicos de eminente dignidade de tutela são legítimos para receber proteção penal. No plano axiológico-teleológico, a dignidade penal concede privilégio de tratamento a duas coisas: a dignidade de tutela do bem jurídico e a gravosa danosidade social da conduta, enquanto perigo para os bens jurídicos. Já no plano jurídico-sistemático, a dignidade penal atualiza o postulado de ilícito penal, diferenciando-o das demais manifestações ilícitas conhecidas pela experiência jurídica, resguardando-lhe maior seletividade²⁴.

É de se apontar que a carência da tutela penal e a dignidade penal se debruçam sobre a construção do próprio ilícito penal. Não seria possível desvincular tais conceitos da função de descrever um ilícito grave, ou, digno de pena e carecido de tutela penal. São momentos irrenunciáveis e nucleares do sentido da existência de uma norma penal²⁵. Há

²³ ANDRADE, Manuel da Costa. A “Dignidade Penal e a “Carência de Tutela Penal” como referência de uma doutrina Teleológico-Racional do Crime. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra, ano 2, 1992, p. 184.

²⁴ Ibid., p. 184.

²⁵ Ibid., p. 192.

entendimentos, ainda, como os seguidos por Langer²⁶ e Sax²⁷, de que a teoria do delito deve integrar como elementares do crime: o ilícito, a culpa e a dignidade penal, tamanha a sua importância.

Parece correto dizer que a dignidade penal representa um dos alicerces da incidência do direito penal, pois integra uma sistemática que se completa com a carência da ação penal, a subsidiariedade das normas penais. Neste conglomerado de desdobramentos, pode-se encontrar diretrizes concretas acerca das condutas que o direito penal deve se ocupar, e as que não deve.

2.3 TEORIAS JUSTIFICADORAS PARA A INCIDÊNCIA DO DIREITO PENAL

Já foi visto que Beccaria e Rosseau sustentam a existência de leis penais para assegurar o arcabouço de liberdades que os indivíduos esperam na vida em sociedade. Posteriormente, se valendo primordialmente das perspectivas de Claus Roxin, tentando delimitar ainda mais esta legitimidade, foi possível concluir que a imposição de penas deve servir, sempre subsidiariamente, para tutelar bens jurídicos.

Aparentemente, ainda não saímos das linhas genéricas que legitimam o poder punitivo estatal. Explicações concretas e objetivas para a incidência do direito penal sobre condutas precisam ser elencadas. Então, perguntamos: onde está o aspecto concreto daquilo que legitima um grupo a privar a liberdade alheia?

Se analisada a literatura jurídica para embasamento das respostas do questionamento feito, poderá ser verificado que, embora as teorias possuam várias desenvolvimentos, não foram propostas mais de três soluções concretas. Por esta razão, não se pode deixar de considerar um quarto desdobramento, de fundamental importância para o entendimento do sentido de uma tutela penal.

2.3.1 Teoria da Retribuição

A teoria da retribuição é a primeira resposta a ser elencada. Para esta, o sentido da pena é encontrado na medida em que a culpabilidade de determinada pessoa é compensada

²⁶ LANGER, *Das Sonderverbechen. Eine dogmatische Untersuchung zum allgemeinen Teil des Strafrechts*, erlim, Duncker & Humblot, 1972.

²⁷ SAUER, *Allgemeine Strafrechtslehre*. Berlin. Walter de Gruyter, 1949.

por um mal penal. Esta teoria não tem como pressuposto alguma consequência ou fim da pena imposta. Para ela, o fim está na própria pena, se desdobrando em uma ideia de justiça²⁸.

Por isso, a medida concreta da pena imposta a determinada pessoa deve ser encontrada na correspondência entre o fato e a culpa. Qualquer coisa divergente, relacionada aos fins penais – aqui entendidos como as consequências amplas e sociais de uma penalização – seria desvirtuar o sentido originário da sanção, de punir porque se encontra diante de uma conduta desviada e indesejada²⁹.

O aspecto circunstancial desta teoria remonta a tradição filosófica do idealismo e do cristianismo, que historicamente penetrara significativamente na cultura alemã. Isto acaba por justificar a forte influência da teoria da retribuição em países como a Alemanha ou com fortes influências das linhas mencionadas. Entretanto, somente com esta teoria, não se poderá justificar satisfatoriamente a pena estatal. Por tal razão, duas contundentes críticas são apresentadas³⁰.

O primeiro fracasso da teoria da retribuição é quanto ao conteúdo. Ora, a culpa humana é um conceito que resguarda bastante subjetividade, logo, além da culpa jurídica, a percepção própria de culpa pode ser encontrada em muitas ocasiões no âmago de determinada pessoa. Nem por isso, entretanto, a referida pessoa pode ser punível. Ou seja, o Estado não está autorizado a punir toda a culpa humana, e isso acaba por criar conceitos difusos para justificar a existência de uma punibilidade. Além disso, é um perigo prático considerável, pois permite que se inclua uma abrangência grande de condutas em uma legislação penal³¹.

O segundo argumento contrário reside na circunstância de que, ainda que o alcance das penas e o conceito de culpa estejam devidamente fundamentados, a ideia de retribuição pressupõe um ato de fé. Não é compreensível que se pode compensar um mal cometido acrescentando um outro mal.³² Este procedimento é um expressionismo da natureza vingativa humana, e ainda que, em teoria, seja qualitativamente diferente, não consegue retirar o seu aspecto intrínseco e retrógrado de um ordenamento justo e respeitador das conquistas jurídicas.

²⁸ ROXIN, Claus. Problemas fundamentais do Direito Penal. Lisboa: Vega, 2004, p.15.

²⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. Temas Básicos da Doutrina Penal. Coimbra: Editora Coimbra: 2001, p. 68.

³⁰ ROXIN, op. cit., p. 16.

³¹ Ibid., p. 17-18.

³² Ibid., p. 18.

Concluindo e resumindo, a teoria da retribuição fracassa em aspectos suficientes para não servir de amparo à existência de uma pena estatal. Os pressupostos da punibilidade são imprecisos, e a sua conotação vinculativa não serve, ao menos nos tempos atuais, para justificar a gravidade que representa a incidência do direito penal.

2.3.2 Teoria da prevenção especial

Com o tempo, a finalidade da pena perdeu, ao menos primordialmente, o seu aspecto retributivo. Neste passo, o direito de punir passou a encontrar justificativa na necessidade, tornando a pena um instrumento de prevenção – seja esta, especial, ou a geral, que será tratada a seguir – ao cometimento de novos crimes, corroborando com os ideais já apresentados, a fim de constituir uma *ultima ratio* na política criminal³³.

Esta teoria, diferentemente da anterior, não visa retribuir um fato passado, mas assenta seus fundamentos em um momento posterior, a fim de evitar novos delitos por parte do autor. Para a teoria, isto pode ocorrer de três maneiras: através da pena, ressocializando o indivíduo, intimidando ou, nos casos em que estes dois aspectos não são possíveis, tornando o agente impossibilitado de cometer delitos através da pena³⁴.

A ideia de que uma pena possui como pressuposto aspectos preventivos e corretivos é muito sedutora, especialmente pelo condão construtivo e social que possui. Entretanto, a vulnerabilidade desta teoria reside em não elencar, com efetividade, as formas para concretizar tais objetivos. Por tal razão, Claus Roxin apresenta algumas objeções.

A primeira, é de que, assim como na teoria retributiva, não possibilita uma delimitação qualitativa do poder punitivo do Estado. Ao invés de tratar todos como culpáveis, o trata como corrigíveis. É claro que o Estado deve dirigir suas atenções penais aos inadaptados socialmente, mas o ponto de partida continua contendo muito perigo. Ora, em determinados regimes políticos pode ser possível que os socialmente inadaptados sejam meros inimigos políticos. Em outra conjectura, poderiam estar caracterizados como socialmente inadaptados os tradicionais mendigos e as prostitutas. De qualquer forma,

³³ RODRIGUES, Anabela Miranda. Novo Olhar sobre a Questão Penitenciária: estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2001, p. 30-31.

³⁴ ROXIN, Claus. Problemas fundamentais do Direito Penal. Lisboa: Vega, 2004, p. 20.

seria muito fácil enquadrar pessoas no arcabouço penal por mero desajuste social, e não de acordo com a ordem penal existente atualmente, baseada no fato isolado³⁵.

No aspecto quantitativo também haveriam problemas. Se um dos pressupostos é a correção, a pena se sustentaria até que o indivíduo fosse entendido por corrigido, não possibilitando uma delimitação temporal. Além disso, como justificar a penalização de crimes onde não houvesse perigo algum de repetição?³⁶ Como exemplo, podemos ter um pai que comete inúmeros crimes patrimoniais para pagar o tratamento médico do seu filho doente. Há a violação de uma ordem social, mas como punir um indivíduo que praticou um ato isolado em sua vida, em dissonância com o ordenamento jurídico penal, mas que obviamente não voltaria a delinquir. Não há como justificar a necessidade de pena em com base apenas nesta teoria.

2.3.3 Teoria da Prevenção Geral

A terceira proposta explicativa para justificar a razão de uma penalização é a teoria da prevenção geral. Esta não concentra seus esforços nos efeitos penais que incorrem no próprio indivíduo, mas em uma situação mais ampla. Ela assenta a funcionalidade da sanção em uma generalidade, sustentando que existem efeitos intimidatórios na pena, incidentes sobre a sociedade e geral e evitando que novos delitos se concretizem.

A concepção, entretanto, assume um caráter de dupla perspectiva, buscando revelar a essencialidade e a adequação dos fins da pena. A primeira delas é a atuação direta na intimidação das outras pessoas, através do sofrimento que ela inflige ao delinquente, conduzindo as demais pessoas a não cometerem crimes, chamada de prevenção geral negativa. A segunda revela um expressionismo de que o aparato estatal funciona, de que o Estado serve para manter a confiança e a validade da comunidade, tutelando bens jurídicos com efetividade. Desta forma, nesta segunda perspectiva, o Estado e o sistema jurídico-penal se auto-afirmam como necessários, eis o sentido da prevenção geral positiva³⁷.

Também demonstra muita clareza em expressar a função do direito penal de tutela subsidiária de bens jurídicos. Por esta perspectiva, é compreensível que se espere da pena

³⁵ Ibid., p. 21.

³⁶ Ibid. p. 21.

³⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas Básicos da Doutrina Penal*. Coimbra: Editora Coimbra: 2001, p. 74.

uma atuação preventiva sobre uma generalidade, que pode ocorrer na ameaça abstrata, ou até mesmo no momento da aplicação concreta da pena. Desta forma, promove desestímulos fundamentais às práticas criminosas, exaltando um pouco melhor a verdadeira função do direito penal³⁸.

Ainda assim permanece aberta a questão sobre quais comportamentos o Estado possui a faculdade de intimidar. Assim como na teoria da retribuição e na da prevenção geral, esta compartilha a deficiência de indefinir concretamente o âmbito do criminalmente punível³⁹.

Mais do que isso, levando em conta o intuito de prevenção geral e os desestímulos a serem fomentados, a tendência é que as penas sejam excessivamente longas e rígidas, a fim reforçar a intimidação pretendida⁴⁰. Assim, impor um mal que extrapola certas diretrizes jurídicas à alguém, sob a argumentação da prevenção geral, pode significar um grave retrocesso em aspectos humanitários conquistados ao longo das últimas décadas. Vejamos ainda os dizeres de Jorge de Figueiredo Dias⁴¹:

O grande argumento que sempre se repete contra as doutrinas da prevenção geral é [...] o de que, comandadas apenas por considerações pragmáticas, eficientistas e, numa palavra, funcionalistas, elas fazem da pena um instrumento que viola, de forma inadmissível, a eminente dignidade da pessoa humana à qual se aplica.

Por fim, a teoria também não conseguiu assentar cientificamente a sua eficácia em certas camadas da criminalidade. Pode ser cediço que os homens normais sintam-se intimidados com uma pena, mas isto não se aplica aos impulsivos ocasionais ou aos delinquentes profissionais, estes últimos, que sempre concentram-se na sensação de impunidade, embora exista a previsão legal.

De qualquer forma, como se pode perceber, todas as três teorias apresentadas resguardam críticas, e embora sejam fundamentos importantes para sustentar a existência de uma penalização, nenhuma o fez com eficiência plena. Sabendo que cada uma das teorias possui perspectivas aproveitáveis, teóricos desenvolveram a teoria unificadora, um passo importante para a sustentação pretendida, mas que igualmente resguarda contundentes críticas.

³⁸ Ibid., p. 76.

³⁹ ROXIN, Claus. Problemas fundamentais do Direito Penal. Lisboa: Vega, 2004, p. 23.

⁴⁰ Ibid., p. 23.

⁴¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. Temas Básicos da Doutrina Penal. Coimbra: Editora Coimbra: 2001, p. 77.

2.3.4 Teoria Unificadora e Teoria Unificadora Dialética

Como já mencionado, as teorias unificadoras convencionais buscam justificar a existência da sanção penal mediante a junção de todos fundamentos apresentados anteriormente. Estes fundamentos são aplicados por vezes de forma subsidiária, e por vezes conjuntamente. De igual forma, se trata de um mero acúmulo de teorias próprias, que originariamente se propuseram a resolver a problemática apresentada.

A tentativa de sanar os defeitos contidos nas teorias justapondo-as só pode se revelar como falha. A adição acaba por destruir a lógica inerente à concepção individual, e aumenta temerariamente o âmbito da aplicação da pena⁴².

Os efeitos de cada teoria não se suprimem entre si, o caráter é de multiplicação, o que se revela muito grave para o Estado de Direito. Esta problemática não é analisada com maior concretude no plano prático porque é interessante aos tribunais e ao legislativo um amplo espaço de manobra, conseqüentemente concedido pela teoria unificadora. Por esta razão, existe um risco iminente de que as teorias da pena percam sua atualidade prática⁴³.

Não se pode, entretanto, renunciar uma concepção teórica fechada do direito penal, pois somente assim se pode estabelecer padrões consubstanciados para as propostas e discussões que surgem no ordenamento jurídico-penal. Qualquer coisa diferente disso é tornar a sistemática insegura. As regulamentações concretas precisam adquirir sua legitimidade quando analisadas em um todo, com base em uma teoria concreta e adequada, e então sim, serem consideradas valiosas ou inúteis⁴⁴. Levando em conta tal situação e a iminente necessidade de uma teoria adequada para justificar a sanção penal, Claus Roxin desenvolve o que chama de “teoria unificadora dialética”, que será tratada com brevidade.

O primeiro óbice elencado pelo autor, relacionado à teoria existente, é relativo à ideia de retribuição para justificar a existência da pena. A única lição mantida da teoria retributiva é a culpabilidade, que se demonstra útil tão somente para delimitar o poder punitivo estatal de forma contundente, no aspecto quantitativo. A pena, em si, deve ser sempre justificada com fins preventivos, advindos, ao menos inicialmente, especialmente da prevenção geral⁴⁵.

⁴² ROXIN, Claus. Problemas fundamentais do Direito Penal. Lisboa: Vega, 2004, p. 26.

⁴³ Ibid., p. 26.

⁴⁴ Ibid., p. 26.

⁴⁵ Ibid., p. 28.

Posteriormente, quando da aplicação da penalidade, os critérios da prevenção especial devem ser também observados em iguais medidas, assegurando aspectos como a personalidade do agente. Ou seja, a pena é justificada pelas lições da prevenção geral, a aplicação da pena pelos fundamentos preventivos gerais e especiais limitados pela culpabilidade, enquanto a execução da pena deve possuir estrita harmonia com a prevenção especial e a característica da ressocialização⁴⁶.

O ponto de partida para qualquer teoria que vise fundamentar uma penalidade, o cerceamento de uma liberdade individual, deve ser sempre a percepção da gravidade intrínseca e inerente ao direito penal. A teoria ora apresentada busca mitigar as críticas corriqueiras às teorias da pena, e em certos aspectos, com sucesso. Deixa de ser uma simples adição de fundamentos, para limitar de forma recíproca os aspectos necessários das teorias, encontrando uma linha adequada para concretização do que pretende a justiça penal. Vale dizer, entretanto, que embora seja um passo científico e prático importante, por óbvio, também não está livre de contundentes críticas. O que Roxin entrega em mãos é um pouco de coerência e harmonia entre a existência de um direito penal e a sistemática jurídica necessária para fundamentá-lo de forma subsidiária, e não como mecanismo de solução para qualquer conflito social.

2.4 FINS CONTRADITÓRIOS

Expostos os aspectos justificadores da sanção penal, pode-se chegar à conclusão de que as penas possuem seus fins baseados na teoria unificadora, ao menos em aspectos gerais. Isto ocorre porque ela engloba, de certa forma, as conclusões das demais teorias. Sendo assim, a pena pode possuir ao menos três objetivos concomitantes: a punição retributiva do mal causado pelo delinquente; a prevenção da prática de novas infrações, através da intimidação do condenado e de pessoas potencialmente criminosas; e a regeneração do preso, no sentido de transformá-lo de criminoso em não-criminoso. Estas são as metas formais.

Enquanto anteriormente o alicerce do confinamento carcerário pairava sobre o esgarçamento, a partir, pelo menos, do século passado, a reabilitação é que passou a ter ênfase especial. Acontece que, apesar dos esforços colacionados pelos preceitos legais nos

⁴⁶ Ibid., p. 29-30.

diversos ordenamentos jurídicos para fomentar a ressocialização, os fins da punição e intimidação permanecem intocados. Isto quer dizer que, ainda que seja uma necessidade do aspecto reeducativo, praticamente inexistente regra apta a autorizar a mitigação, em maior ou menor extensão, daqueles fins estabelecidos primordialmente – punição e intimidação –. Ou seja, havendo alguma espécie de atrito operacional entre os vários fins, o relaxamento destes em favor da ressocialização normalmente não conta com o amparo legal⁴⁷.

Esta tríplice finalidade é muito familiar no âmbito jurídico, onde o preso é colocado na penitenciária com vistas a ser punido, intimidado e, principalmente, reformado. Acontece que a ideia possui um enganoso aspecto de admissibilidade. Ora, punir é castigar, fazer sofrer. A intimidação é obtida através do castigo, e a discussão sobre o tema da função e finalidade da sanção se centrou em duas teorias tradicionais do castigo, a retribucionista e a utilitarista ou preventiva, que embora já tratadas anteriormente, merecem uma recapitulação.

A primeira estima o sofrimento do castigo como algo que é moralmente correto, a fim de compensar o mal causado, porque o sujeito merece, mormente por ser considerado culpado de ofender algum bem jurídico. O merecimento, e não a utilidade futura, é que justifica a ação de punir. Todas as correntes e variantes dentro do retribucionismo possuem esta característica de volta ao passado, *punitur quia peccatum*.⁴⁸

A segunda é a doutrina consequencialista, que considera como único aspecto considerável de uma ação é ser ela boa ou má, bem como as consequências que vir a produzir. O sofrimento deliberado em que consiste o castigo, deste ponto de vista, somente estaria justificado com a utilidade futura. Ou seja, se com ele se evitasse e prevenisse determinada conduta, *punitur ut ne peccetur*.⁴⁹

Com estes pontos de partida inerentes à retribuição, fica extremamente difícil estabelecer uma teoria retribucionista reformadora, ou ressocializadora, a não ser que os conceitos vigentes acerca de educação fossem totalmente reformulados. Mas o questionamento essencial ainda é: não seria possível, então, a criação de uma penitenciária exclusivamente regeneradora, onde a ideia de castigo estivesse reprimida? Essencialmente,

⁴⁷ THOMPSON. Augusto. A questão Penitenciária. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 4.

⁴⁸ FALCÓN Y TELLA, María José; FALCÓN Y TELLA, Fernando. Fundamento y finalidad de la sanción: un derecho a castigar?. Tradução de Cláudia de Miranda Avena. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 174.

⁴⁹ Ibid., p. 174.

não. Isto ocorre por uma completa inviabilidade social, mormente porque prisão não-punitiva é algo tão contraditório quanto hospital mental punitivo⁵⁰.

O que se quer dizer, é que as características do sistema prisional são incompatíveis com um aspecto somente ressocializador. É impossível desatrelar as outras funcionalidades que o sistema exerce. Para tanto, seria necessária uma reformulação sem precedentes, que talvez se revelasse ineficaz, de qualquer forma.

Tratamos até agora das metas formais, mas também existem metas caracterizadas como informais. A convicção de que um indivíduo é inserido no sistema penitenciário para ser punido intimidado e recuperado, corresponde à certeza de que os meios para obter tais fins são: impedir que o preso fuja e; manter em rigorosa disciplina a comunidade carcerária⁵¹.

O grau de importância destinado a estes mecanismos é tanto, que eles acabam por se tornarem prevalentes aos próprios fins propostos. Os meios se tornam fins, e mais do que isso, em fins prioritários. Os controles informais digerem-se, predominantemente, no sentido de fiscalizar a satisfação da segurança e da disciplina. O problema é que isto, muitas vezes, ocorre em detrimento dos objetivos formalmente reconhecidos⁵².

A reincidência, ou seja, o retorno ao cárcere daqueles que já haviam transcorrido pelo cumprimento integral de uma pena, é uma prova manifesta de que o sistema falhou naquilo que se propôs. Entretanto, a constatação dos altos índices de reincidência não geram reações perceptíveis do ponto de vista social. Pelo contrário, a reentrada de indivíduos no sistema prisional passou a ser visto com uma perspectiva de naturalidade. Entretanto, uma fuga de presos, as tentativas de motins ou crimes intramuros são frutos de protestos constantes, que muitas vezes atingem o patamar de verdadeiros escândalos públicos, movimentando a comunicação em massa, e ensejando a demissão de autoridades⁵³.

Percebe-se com clareza que, sob o ponto de vista social e administrativo, o fracasso nos meios para atingir os fins são contidos e escandalizados de forma muito mais contundente do que o fracasso dos próprios fins. Isto acaba por gerar sérias consequências.

⁵⁰ Op. cit., p. 6.

⁵¹ Ibid., p. 7.

⁵² Ibid., p. 8.

⁵³ Ibid., p. 8.

Ora, a melhor maneira de prevenir evasões e desordens é a imposição de um regime asfixiante na autonomia do recluso. A rigidez da disciplina acaba por gerar a supressão do autodiscernimento, da responsabilidade social e da iniciativa do recluso. Estas circunstâncias se revelam totalmente incoerentes com o aspecto ressocializador da reprimenda, que, por sua vez, exigiria o senso de responsabilidade, de autoconfiança, de criatividade e de espírito de independência do recluso. Tais características são evidentemente suprimidas em prol do sucesso administrativo do sistema prisional, a concretização dos meios, ainda que em custo dos fins formalmente propostos⁵⁴.

Outro aspecto contraditório que merece importante destaque é a ideia de que a adaptação da prisão poderia simbolizar uma espécie de readaptação à vida livre. Esta ideia poderia, inclusive, vir a justificar indiretamente o foco nos meios executórios da reprimenda. Seria logicamente plausível, se fosse verdadeiro.

Parece extremamente incongruente que um indivíduo em consonância com a ordem prisional esteja reabilitado à vida livre. Primeiro, porque ajustar alguém aos controles institucionais fornece uma mínima segurança de que este ajuste perdurará quando aquele indivíduo não esteja mais submisso àquela instituição de controle. Segundo, porque o mundo prisional é completamente diferente da vida social. Dennis Chapman⁵⁵, embora em um contexto antigo do sistema prisional, retrata com certa razão esta divergência:

Na vida civil, o cidadão é, geralmente, membro de uma família, de um grupo laboral, de um grupo de vizinhança, de uma comunidade local, que apresentam grande variação de interesses grupais, uma variação completa de idade e uma variedade infinita de ligações sociais. A maioria dos adultos tem relações sócio-sexuais de um padrão permanente, contínuo e, usualmente, heterossexuais. Na prisão, em contraste, as relações sociais são temporárias (pela duração da sentença) e compulsórias (geralmente, baseadas na residência numa cela, bloco de celas ou pátio e no local de trabalho, embora em algumas prisões os interesses grupais possam desenvolver-se). A variação de idade é estreita e as relações sócio-sexuais são, exclusivamente, homossexuais.

[...]

O sistema-padrão da sociedade civil é baseado no lucro, ocupação, educação e participação nos assuntos comunitários. Muito pouco disso existe no sistema prisional.

⁵⁴ Ibid., p. 9.

⁵⁵ CHAPMAN, Dennis. *Sociology and the Stereotypes of the Criminal*, Travistock Publ., Londres, 1968, ps. 201 e 203.

Portanto, há de se ter a presente conclusão, trazida por Thompson⁵⁶: “se a adaptação à prisão não significa adaptação à vida livre, há fortes indícios de que adaptação à prisão implique desadaptação à vida livre”. Afinal de contas, para que moldar um indivíduo à personalidade de um preso exemplar, a custo da sua própria, uma vez que sua pena tenha terminado?

2.5 CONCLUSÕES PARCIAIS

Considerações acerca do direito de punir são extremamente pertinentes à temática proposta. Serve como arcabouço introdutório das pretensas análises do sistema prisional e da sistemática penal.

Inicialmente, as elucidações de Beccaria e Rosseau trouxeram uma linha consideravelmente democrática na legitimidade de punir. Interpretando para a contemporaneidade, pode-se concluir que o ente com legitimidade para exercer o poder de punir é o Estado. Ao menos os desdobramentos, quando somados ao contexto social a que estamos inseridos, levam a esta conclusão.

Mas não basta que seja o estado exercendo qualquer poder punitivo. Já diria Beccaria: “A moral política não pode proporcionar à sociedade nenhuma vantagem durável, se não for fundada sobre sentimentos indeléveis do coração do homem⁵⁷”. E é no coração do homem que se encontram os princípios fundamentais do direito de punir, e o exercício desta incumbência precisa respeitar uma série de regramentos desdobrados ao longo do tempo.

O surgimento das primeiras organizações com legitimidade para exercer tamanho poder foram frutos de um conjunto de delegações de vontades individuais. Pensamentos conclusivos de abdicar de uma ínfima liberdade individual em prol de benefícios para a convivência harmônica e pacífica. Sob estas perspectivas, os primeiros grupos se organizavam.

Em verdade, pode-se retirar um paradoxo da situação. Vejamos, antes das primeiras sociedades, as pessoas veiculavam suas atitudes com base em uma premissa: a melhor opção para si. Eram completamente livres e convenientes. Com o passar do tempo,

⁵⁶ THOMPSON, Augusto. A questão Penitenciária. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 13.

⁵⁷ BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Tradução de Torrieri Guimarães, 11ª edição, Hemus: São Paulo, 1996, p. 30

delegaram suas liberdades individuais a determinado ente organizacional. Este mesmo ente, em certo momento, passa a cercear liberdades individuais destas pessoas. A manutenção desta sistemática parece curiosa, e se resolve somente com as desenvolturas de um direito penal pautado em diretrizes muito restritas.

Após este contexto e este importante paradoxo, a resposta passa a se desdobrar. Primeiramente, na conclusão de que o direito penal deve atuar para a tutela de bens jurídicos. Mas não quaisquer bens jurídicos presentes nos ordenamentos. O direito penal deve servir para a garantia daqueles indispensáveis a convivência pacífica, livre e igualitária entre os homens, os bens jurídicos com dignidade penal. Ou seja, aquela aparente delegação da liberdade individual se justifica mediante o sentimento de uma liberdade coletiva. E esta liberdade coletiva, somente seria violada individualmente mediante pressupostos bem concretos e restritivos.

Neste sentido, o direito penal enquanto tutela dos bens jurídicos parece legitimar o Estado para ingressar na esfera das liberdades individuais, desde que respeitados os aspectos da subsidiariedade, da carência da tutela penal, e da dignidade penal. Estes elementos são imprescindíveis para que o aspecto democrático das intervenções estatais sejam respeitos, mormente a luz do contrato social e do surgimento das primeiras sociedades.

Mas esta legitimação também emerge de outra situação concreta. Essencialmente, da percepção social de que a manutenção das sanções comporta um mal menor do que aquele que se pretende evitar⁵⁸. Nestas circunstâncias é que a situação criminal promove seus alicerces de inserção na sociedade, e cede espaço para as teorias mencionadas, como a da *ultima ratio*.

Mais do que estes elementos integradores da formação de um delito e da incidência de uma norma penal, algumas outras teorias também precisariam ser apontadas. A teoria da retribuição, da prevenção geral, prevenção especial e a unificadora.

A teoria da retribuição, para a qual o fim era a própria pena, se desdobrando em um ideal de justiça, de resposta a uma conduta desviada. Nesta, o sentido da pena se encontrava na culpabilidade da pessoa. Muitas críticas foram apontadas acerca da mesma, e contundentemente, esta não deve servir a justificar a incidência do direito penal.

⁵⁸ RODRIGUES, Anabela Miranda. Novo Olhar sobre a Questão Penitenciária: estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2001, p. 34.

A teoria da prevenção especial, é a que visa impedir que o autor de determinada infração volte a delinquir. Novamente, fora criticada de forma contundente pela doutrina utilizada nesta produção científica, e se revelou insuficiente para a justificativa que se pretende buscar.

A teoria da prevenção geral, que visa a intimidação dos demais indivíduos da sociedade, para que estes não venham a cometer novos delitos, parece ter sido a que mais se aproximou, individualmente, do que se pretende. Ainda assim, algumas críticas foram resguardadas.

Por fim, a teoria unificadora, ou como elencada por Roxin, a teoria unificadora dialética, se aproxima, e muito, daquilo que é necessário. Parece não ter havido um consenso imediato de uma teoria que justificasse a incidência do direito penal nas condutas individuais ou coletivas, mas, a junção destas três teorias apresentadas, pareceu se aproximar muito da justificativa necessária. Apesar de integrar uma gama muito grande de condutas e correr o risco de banalizar a aplicação do direito penal, a teoria unificadora, quando utilizada em consonância com as diretrizes já apresentadas e toda a principiologia inerente ao direito penal, parece criar uma seletividade bem concreta nas condutas que merecem tutela penal, e mais longe que isso, uma seletividade de existência de uma própria norma cerceadora de liberdade.

Superadas as premissas acerca do direito e da legitimidade de punir, é tempo de adentrar a um dos principais elementos do objeto de pesquisa, a pena de prisão. Se a conclusão foi pela necessidade do direito penal para tutelar certas situações do convívio social, também é de se questionar se a pena de prisão é a resposta cabível para tais situações, mormente quando inserida em sociedades com desenvolvimento precário.

3. A PENA DE PRISÃO SOB PERSPECTIVA FILOSÓFICA

Diante das conclusões apontadas no capítulo anterior, apesar das grandes problemáticas que circunstanciam a utilização do direito penal na solução dos problemas sociais, é inegável a sua necessidade. Entretanto, dentre as possibilidades de incidência do direito penal, nem sempre estão as hipóteses de restrição de liberdade. Para estas, muito ainda há de ser visto, mormente diante da realidade dos estabelecimentos prisionais que visam a asseguaração dos objetivos da pena, muitas vezes incapazes de satisfazer tais necessidades, seja pela natureza da pena, seja pelas condições do cárcere diante da sistemática social.

Qual ponto da história determinou o nascimento das prisões é um aspecto difícil de delinear. Entretanto, sabe-se que os povos primitivos ignoravam quase que completamente as penas privativas de liberdades e as prisões. Eles se valiam da pena de morte como medida pura e simples, e para os crimes mais graves, apenavam os culpados com suplícios adicionais. Dito isto, a privação da liberdade, inicialmente, aparece como uma medida simplesmente preventiva, as quais sabe-se muito pouco. Como as condições econômicas e sociais daquela época não permitiam a construção de estabelecimentos prisionais, os mais variados sistemas de aprisionamento eram utilizados, como buracos em forma de fossas, gaiolas, dentre outros⁵⁹.

O interessante desta época, é que estas prisões possuíam como característica primordial, a exposição do criminoso perante as pessoas. O *Código de Manu*, legislação do mundo indiano redigido entre os séculos II a.C e II d.C, tratava do assunto em apenas um de seus versículos: “Que a lei coloque todas as prisões sobre via pública, a fim de que os criminosos aflitos e ignóbeis sejam expostos aos olhares de todos”⁶⁰. Este aspecto expositivo do criminoso possui sérias analogias sociais com a contemporaneidade, que não hão de ser tratadas no presente momento.

Em Roma e em Atenas a prisão também era tratada com séria especialidade na época, e raramente era aplicada. Foi somente nas sociedades cristãs que a prisão teve o seu

⁵⁹ OLIVEIRA, Odelete Maria de. *Prisão: Um paradoxo social*. 3ª edição. Florianópolis: Editora da UFSC, 2003, p. 47.

⁶⁰ DURKHEIM, Émile. *Duas Leis da Evolução Penal*. Tradução de Hyago Sarraff de Lion. São Paulo: Primeiros Estudos, n.º. 6, p. 133.

desenvolvimento, com a sua utilização mais rotineira para trancafiar criminosos nos monastérios. Somente no século XVIII é que a prática passou ao estado laico, e os criminalistas passaram a reconhecer a prisão como um aspecto punitivo por si só, em resposta aos conflitos sociais e a criminalidade⁶¹.

Já na segunda metade do século XVIII, o suplício das penas passou a se tornar intolerável. Surge um movimento de protesto por parte dos juristas, magistrados, parlamentares, dentre outros⁶².

Mas a descaracterização total desta característica da pena não se difundiu totalmente, mesmo na atualidade. Antigamente, Beccaria⁶³ expôs que:

O sistema atual da jurisprudência criminal apresenta aos nossos espíritos a ideia de força e do poder, em lugar da justiça; é porque se lançam, indistintamente, na mesma masmorra, o inocente suspeito e o criminoso convicto; é porque a prisão, entre nós, é antes um suplício que um meio de deter um acusado;

E é questionável, será que a privação da privacidade, na atualidade, se abdicou destes propósitos? Pode-se dizer, com base na política criminal contemporânea e nas explanações apresentadas no primeiro capítulo, que a punibilidade de determinada pessoa perdeu este aspecto. Acontece que em determinadas sociedades, alguns desdobramentos da pena de prisão possuem facetas não declaradas. Estas facetas não são declaradas em razão do desconhecimento. Em verdade, um direito penal jamais seria legítimo sem a utilização dos discursos criminais trazidos anteriormente, mesmo assim, podem haver propósitos ocultos.

Estas temáticas não serão esgotadas no presente capítulo, mormente porque se desdobra no problema nuclear desta produção científica. Mas vale levantar, por ora, os aspectos do parágrafo anterior, a fim de verificar os reais propósitos da pena de prisão, ainda que não sejam reais teoricamente.

⁶¹ Ibid., p. 134.

⁶² Dentre os reformadores, Servan, Voltaire, Marat, Dport, Target, Cesare Beccaria.

⁶³ BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Tradução de Torrieri Guimarães, 11ª edição, Hemus: São Paulo, 1996, p. 51.

3.1 OS CRIMES SUJEITOS À PENA DE PRISÃO: CONSTRUÇÃO DA CONVENIÊNCIA SOCIAL

Se o Estado estipula os regramentos que sujeitam as condutas às penas de prisão, minimamente algum tipo de influência social é exercido sobre o poder legislativo. A pergunta básica acerca desta temática é: Os crimes deveriam ser crimes?

É uma discussão complexa, e é importante trata-la sobre três vertentes, apesar de haver abordagem relacionada à ela em vários momentos deste trabalho científico. O primeiro destes planos é o metalinguístico, ou seja, inerente ao significado. Neste ponto, se questiona a legitimidade dos conceitos que se relacionam ao crime e ao criminoso, e da explicação de criminalidade para certas pessoas e atitudes. O segundo plano se refere a uma dificuldade teórica acerca dos grupos com poder de dizer quais atitudes seriam criminosas e quais indivíduos seriam penalizados, mormente porque isto afeta o resultado da criminalização. Por fim, a questão fenomenológica, referente às consequências que a titulação de criminoso acarreta nas pessoas⁶⁴.

Um determinado indivíduo a ser considerado desviado representa o resultado da aplicação de normas e sanções. De certa forma, ele somente é considerado assim porque lhe aplicaram este rótulo, esta etiqueta, nos moldes da própria legislação. Em um raciocínio simplista e indutivo, se é a lei que cria o criminoso, e a lei é elaborada pelo homem, a única reflexão existente é que a criminalidade é aquela criada pela sistemática social, ou seja, pelo próprio homem⁶⁵. É claro que podemos pensar em aspectos criminais quase que inatos – juridicamente falando –, universais e atemporais, mas é de se crer que, ao longo da história, algumas condutas também possuíam este aspecto, e hoje, em muitos lugares, não são mais consideradas crimes. Portanto, para fins científicos, a resposta não pode ser uma mera conjectura.

É possível afirmar, portanto, que atitudes deliberativas de permitir e castigar contém traços de engenhosidade, e não combatem a criminalidade, em verdade, criminalizam certas atitudes humanas, marcando-as como erradas. Este processamento se inicia, no Brasil e em Portugal, com a tomada da decisão legislativa e prossegue com a

⁶⁴ MONGRUEL, Angela de Quadros. Criminalidade: Um problema socialmente construído (fls. 169-180) *in*: Verso e Reverso do Controle Penal, organização de Vera Regina de Andrade, volume 2, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002, p. 170.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 170.

tarefa de criminalizar, dada pelas instâncias formais de controle e pelos órgãos de aplicação penal.

Vera Regina de Andrade⁶⁶ comenta que:

Uma conduta não é criminal “em si” ou “per si” (qualidade negativa ou nocividade inerente) nem seu autor um criminoso por concretos traços da sua personalidade (patologia). O caráter criminal de uma conduta e a atribuição de criminoso a seu autor depende de certos processos sociais de “definição”, que atribuem à mesma um tal caráter, e de “seleção”, que etiquetam um autor como delinquente.

Em consequência disso, não é possível estudar a criminalidade independente destes processos. É apropriado falar da criminalização (e do criminalizado), pois esta constitui uma das maneiras de constituir a realidade social. É claro que estes desdobramentos estão inseridos na teoria do *labelling approach*, e por tal razão, neste espaço do trabalho possuirão aspecto apenas introdutório, para concluir as três premissas apresentadas no início deste tópico⁶⁷. A teoria, em si, ao invés de indagar “quem é o criminoso”, e “por que o criminoso comete crime?”, passa a propor: “quem é definido como desviante?”; “por que determinados indivíduos são definidos como tais?”; “em que condições um indivíduo pode se tornar objeto de definição?”; “quem define quem?”⁶⁸.

Se a criminalidade é um problema, parece que este é um problema, em partes, criado pela própria sociedade. É, vale dizer, construído de forma seletiva e desigual. Isto leva, conseqüentemente, ao problema da falsa democracia de eleição das pessoas com poder para traçar as diretrizes penais.

É perfeitamente possível vislumbrar que para se integrar ao poder legislativo e às camadas políticas de poder os candidatos recebem apoio do instrumento que move as sociedades capitalistas atuais – aspecto financeiro –. Dito isto, classes de interesses, que também levam os homens ao poder de criminalizar e traçar tendências na justiça penal da sociedade em geral, são os maiores beneficiários da sistemática da forma que é.

Claro que, existem exceções. No Brasil, por exemplo, a persecução penal passou a atuar contra atos de deputados, senadores e presidentes na maior investigação criminal da

⁶⁶ 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, p. 205.

⁶⁷ Ibid., p. 206.

⁶⁸ Ibid., p. 207.

política brasileira⁶⁹. Pode ser um representativo de mudança, mas ainda se encontra longe do ideal. A realidade social, e a construção da criminalidade, claramente continua a atender certas tendências de poder.

Mas se criminal é o comportamento criminalizado e se criminalização é o aspecto de conflito que se resolve através da instrumentalização do Direito e do Estado, sobressaindo a parte mais forte na relação de interesses, estes não são de natureza comum, mas de grupos que podem influir sobre os processos de criminalização. Em consequência disso, a questão criminal como um todo é uma questão eminentemente política⁷⁰.

De fato, estes entendimentos representam a quebra de um paradigma criminológico. Rompe com consistência a ideia de que a criminalidade pode ser explicada tendo como pressuposto um monismo cultural e social, o que representava a criminologia positivista. Passa-se a uma perspectiva de pluralismo axiológico, mormente porque o processo de criação das normas penais não procede de um amplo consenso social, e nem se destinam a atender os interesses gerais⁷¹.

O *labelling* supera uma visão estática, para trazer o reconhecimento de que, do ponto de vista do processo de criminalização seletiva, as agências formais de controle não podem ser consideradas isoladas uma das outras. O que acontece é que nenhuma delas é autossuficiente e autorregulada, e no mais alto grau, demanda um approach integrado, que concedem consistência ao funcionamento do sistema como um todo⁷².

O cárcere é sustentado sob a falsa promessa de segurança jurídica. Mas cria e recria a criminalidade aliada aos paradigmas do sistema penal. É irônico, intrigante e contraditório, mas aos olhos populares, parece servir⁷³.

⁶⁹ C.f.: <http://lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso>; <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2017/05/10/lula-chega-para-depor-a-moro-em-investigacao-da-lava-jato.htm>; <http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/presos-da-40-fase-da-lava-jato-chegam-a-carceragem-da-policia-federal-em-curitiba.ghtml>

⁷⁰ 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, p. 213.

⁷¹ Ibid., p. 209.

⁷² DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra, 1984, p. 373.

⁷³ MONGRUEL, Angela de Quadros. Criminalidade: Um problema socialmente construído (fls. 169-180) *in*: Verso e Reverso do Controle Penal, organização de Vera Regina de Andrade, volume 2, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002, p. 174.

3.2 A IRRECUPERAÇÃO SISTEMÁTICA

Se a prisão é o caminho, mas no presente momento não se demonstra como solução, podemos começar a pensar no que está errado na sistemática prisional. Há quem pense que, com os investimentos maciços, aprimoramento dos estabelecimentos penais, dos mecanismos de qualificação e trabalho penitenciário, do efetivo de guardas, dentre outros, o fracasso prisional seria solucionado, ou ao menos, muito reduzido.

Se, por outro lado, fosse possível viabilizar o inimaginável? Neste caso, estaríamos diante de nova frustração. Quase pior do que não conseguir assegurar os mecanismos necessários para o ideal funcionamento do sistema penitenciário, é atingir o nível adequado e perceber que fora tudo a esmo. Como exemplo, o sistema sueco, exemplo mundial de sofisticação, apresenta taxas de reincidência dos seus egressos em aproximadamente 70%⁷⁴.

Thompson, por exemplo, defende a substituição da prisão fechada por prisões-abertas e prisões-albergue, através das quais, pensava anteriormente, atender ao objetivo de “recuperação” da sanção penal. Entretanto, após uma pesquisa nos Estados Unidos, onde o tratamento em comunidade conta com mais de vinte anos de experiência, a alternativa se revelou como um incapaz de oferecer um resultado diferente do fracasso. Pergunta-se, não há solução?⁷⁵

Não há solução propriamente dita, porque não se trata de um problema propriamente dito. É, em verdade, parte integrante de um sistema maior, a questão criminal. Esta, nada mais é do que mero elemento de outro problema mais amplo ainda, o das estruturas sócio-político-econômicas. Sem alteração nestas dimensões, coisa alguma vai se alterar em sede criminal, e menos ainda, na área penitenciária⁷⁶.

Para exemplificar a situação em sentido prático, o grande exemplo, aliás, já mencionado, do sistema prisional sueco. Lá, a duração média das penas é de apenas 100 dias. Todos os prisioneiros possuem quartos individuais, e o termo “cela” é recebido com certa repulsa. A maioria dos prisioneiros condenados a penas inferiores a um ano são

⁷⁴ THOMPSON, Augusto. A questão penitenciária. 5ª edição. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2002, p. 109.

⁷⁵ Ibid., p. 110.

⁷⁶ Ibid., p. 110.

enviados a instituições abertas, sem muros ou cercas, e os condenados podem manter empregos durante o dia, nas cidades próximas⁷⁷.

Mesmo em prisões com segurança mais restritiva e com instalações que se assemelham às instituições carcerárias tradicionais, há uma assistência muito mais intensiva nos campos educacionais, psiquiátricos e profissionais. A violência nestes locais é muito rara, os guardas sequer possuem armamento⁷⁸.

Mas o principal ponto de se trazer tais exemplos e descrições, não é exemplificar nenhuma solução aos sistemas prisionais. Pelo contrário, esta produção científica certamente se ocupará de traçar diretrizes sobre existir ou não uma solução ao problema prisional, mas não neste momento. Em verdade, o intuito é demonstrar que o exemplo sueco é, em verdade, um exemplo de irrecuperação sistemática, e por algumas razões.

3.2.1 Reabilitação social ineficaz

As duas primeiras razões são inerentes às interpretações e ineficácia dos programas. Entre as dezenas dos detentos entrevistados na época por funcionários e críticos criminais, a maçante maioria concordava que a sociedade sueca, tanto quanto qualquer outra, opõe resistência aos ex-presidiários. Este fato parece perturbar consideravelmente aqueles diretamente ligados ao processo criminal⁷⁹.

Esta problemática abrange a sociedade prisional como um todo. Pode-se dizer que em praticamente nenhum lugar do mundo a taxatividade de anterior detento é vista com indiferença. A partir deste pressuposto, só há duas opções, ou este fato anterior pode ser oculto, ou o referido incorrerá em uma pena prolongada, a pena social. É por isso que atrelar a reabilitação ao sistema prisional não é, necessariamente, o caminho a ser seguido, haja vista que ela está intimamente ligada com a sociedade lá fora.

Enganam-se alguns estudiosos em pensar que as finalidades da reprimenda podem ser atingidas ou estão tão atreladas ao sistema prisional que o recluso está inserido. Em verdade, seja no Brasil, Suécia ou Portugal, quando a palavra é ressocialização, reabilitação ou terminologia do gênero, a ponte a ser feita é com a sociedade. O sistema prisional destes três países são consideravelmente diferentes, e a eficácia de todos eles

⁷⁷ Ibid., p. 132.

⁷⁸ Ibid., p. 133.

⁷⁹ Ibid., p. 134.

ainda está distante de ser alcançada. É uma relação de causa e efeito, enquanto o contexto social gera a criminalidade, é engenhoso dizer que também gera a reincidência.

O problema é que nem todos os criminosos que passam pelos estabelecimentos prisionais sofrem, por assim dizer, a necrose do seu sentimento moral, e não é necessariamente um homem perverso. Newton Fernandes busca trazer uma solução à questão dos egressos. Aduz o autor, que o Estado possui o dever de assistir e auxiliar o recluso posto em liberdade no sentido de obter uma ocupação, arranjar um emprego. Para tanto, frente a corriqueira recusa das empresas privadas, o Estado deveria se armar de uma estrutura ocupacional adequada, construída com o numerário dos cofres públicos, para poder garantir trabalho aos ex-condenados, podendo inclusive fomentar o sistema de parceria com a iniciativa privada⁸⁰.

Foucault entende que o banimento, a vadiagem, e, frisa, a impossibilidade de encontrar trabalho, são os fatores mais frequentes da reincidência. A *Gazette des Tribunaux* cita rotineiramente casos semelhantes, como do operário condenado por roubo, que colocado sobre vigilância penitenciária, jamais retomou seus alicerces. Posteriormente à soltura, foi condenado por roubo novamente. Do questionamento, “por quê?”.... a resposta é concreta. Na saída da prisão, e com determinação de residência, não consegue recuperar o seu emprego anterior, sendo recusado em toda parte pelo seu rótulo de presidiário. A polícia lhe recusa o direito de procurar labor em outra localidade, e o operário, vinculado e fadado a morrer de fome e miséria em razão da vigilância opressiva⁸¹.

Por óbvio que o exemplo se passa em uma época distante da atual. Apesar disso, adaptações do mesmo contexto podem ser desenhadas na contemporaneidade, retratando a ineficácia das tentativas de reabilitação. Soluções?

Nesta direção a reincidência deveria ser consideravelmente controlada. Aliás, talvez não haja nada mais perigoso no sistema prisional, pois as idas e vindas ao interior do estabelecimento prisional desvirtuam a personalidade e criam, em muitas ocasiões, algo infundado moralmente. Há que ser garantido ao egresso, portanto, o direito de trabalho. Além disso, durante o cumprimento de pena, a formação de um pecúlio, que o auxiliasse após a penalidade, seria de extrema importância. Verdade é, porém, que existe uma distância abissal entre a ótica especialista e a vontade política no sentido de por um ponto

⁸⁰ FERNANDES, Newton. A falência do sistema prisional brasileiro. São Paulo: Editora RG, 2000, p. 443.

⁸¹ FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir. 15ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1997, p. 236.

final no quadro prisional existente, principalmente em países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento⁸².

Para tanto, também há forte contribuição das desinteressadas “elites do poder”, que fazem por dia a dia aumentar o “apartheid” social existente entre os que possuem os mecanismos para solução do problema e os que necessitam deste resultado. Por certo, não se pode deixar o egresso perambular pelas ruas do desespero, a procura de trabalho e meios de reinserção social, enquanto sua família sofre as consequências do seu naufrágio moral. Há, em contrapartida, que haver uma assistência concreta ao egresso, se não da iniciativa privada, por parte do setor público, pois somente assim as chances de reincidência estariam consideravelmente diminuídas⁸³.

Mas as críticas sobre a reabilitação social ineficaz vão ainda mais adiante, e envolvem os programas ineficazes. Se for comparado de forma rasa o sistema prisional norte-americano com o sistema prisional Sueco, é fácil constatar que existe uma diferença substancial. Ela reside não apenas no sistema prisional em si, mas no pressuposto cultural dos detentos. Enquanto nos Estados Unidos há muita raiva e violência, os detentos suecos são passivos. Aliás, vale dizer que, na Suécia, há um grande sucesso em convencer os criminosos de que a vida na prisão não é tão ruim assim. Alguns dos reclusos não possuem mais nada fora do estabelecimento prisional, e vivem suas vidas no planejamento de voltar ao sistema. Quiçá, alguns conseguem o pensamento de se sentirem velhos demais para a vida do crime, após anos de inúmeras condenações, a redução da criminalidade em si ainda está por vir, e não advém do sentido estrutural da prisão⁸⁴.

Este discurso, possui, verdadeiramente, dois lados. Enquanto por um lado se busca a ideia de uma prisão sem violência, que poderia potencialmente ressocializar um indivíduo, o exemplo Sueco demonstra que isto não é verdade. Há outros autores, entretanto, como Newton Fernandes, que é adepto da ideia de que existe uma necessidade de despertar na vontade do egresso, uma repugnância pela volta aos ares desagradáveis da prisão. Consequentemente, desestimulá-lo, fazendo crescer nele o repúdio à prática de atos antissociais⁸⁵.

⁸² FERNANDES, Newton. A falência do sistema prisional brasileiro. São Paulo: Editora RG, 2000, p. 445.

⁸³ Ibid., p. 446-447.

⁸⁴ THOMPSON, Augusto. A questão penitenciária. 5ª edição. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2002, p. 134-135.

⁸⁵ FERNANDES, Newton. A falência do sistema prisional brasileiro. São Paulo: Editora RG, 2000, p. 443.

São duas linhas de pensamento opostas, com consequências diversas. Em verdade, é difícil elaborar uma fórmula certa para a questão prisional, que determine, para a sociedade, a melhor opção à ressocialização. Certamente a resposta é variável de acordo com o ambiente em que é inserida.

3.2.2 O conseqüente tratamento em comunidade

Além da questão do tratamento realizado pela comunidade aos detentos, também há o sentido inverso, com alguns insucessos a serem mencionados. Ora, se constatada a incapacidade das prisões na reeducação dos infratores, surge uma fórmula que, substituindo os estabelecimentos prisionais fechados, logre êxito em atingir os objetivos da reprimenda, seria o tratamento comunitário.

Essencialmente, consiste em permitir aos reeducandos a permanência em meio à sociedade livre, sob o controle e os cuidados do Estado. No sistema progressivo da pena, seria o regime aberto ou o livramento condicional, institutos aptos a transformar os delinquentes de desviantes para não-desviantes.

Apesar das previsões legais, um exemplo que pode ser melhor trabalhado é o norte americano, haja vista que a ideia já foi instituída desde 1960. A essa altura, já é possível abstrair material abundante acerca deste assunto. A conclusão, entretanto, não agrada.

O país que mais abriu os portões das instituições custodiais foi os Estados Unidos. Entretanto, o sistema de substituir a desprisonização ao sistema de reabilitação fechado é tão ineficiente quanto este último. Os dados oferecidos como eficácia do primeiro são tão manipulados – haja vista que ressaltam os sucessos e escondem os fracassos – quanto eram os dos estabelecimentos prisionais. A sistemática de tratamento comunitário é, portanto, nada mais que um *slogan*, com muito pouco conteúdo de realidade⁸⁶.

Outro ponto de interessante levantamento, e que retrata uma semelhança fundamental, é a estratégia de defesa para que o fracasso seja explicado. Os defensores da ressocialização costumam entender que o sistema prisional é ineficaz em razão da ausência de recursos próprios para a reinserção social. De igual forma, trilham o mesmo caminho na reabilitação comunitária, na medida em que diante do impacto da fria realidade, ainda não

⁸⁶ THOMPSON, Augusto. A questão penitenciária. 5ª edição. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2002, p. 139.

produziu os resultados positivos porque não concederam os recursos necessários. O erro não seria do sistema, mas da sua inadequada execução. Esta resposta é, aliás, muito conveniente, mormente quando não se mensuram recursos, não se tomam providências para que sejam concedidos e sequer sabem se são exequíveis⁸⁷.

Outro ponto a ser desmitificado diz respeito à suposta demonstração da superioridade da terapêutica comunitária em relação aos estabelecimentos fechados. Primeiramente, os dados estatísticos da reincidência parecem inconsistentes e inadequados, são aleatórios e falhos. Em segundo lugar, a demonstração é inapropriada porque, veja bem, os indivíduos destinados ao regime comunitário não são escolhidos por acaso; exatamente ao contrário, é feita uma cuidadosa seleção para determinar os detentos com aptidão para tanto. Portanto, estes desviados, mesmo se resguardados em regime fechado, apresentariam uma taxa de ressocialização superior aos condenados extremamente perigosos⁸⁸.

A sistemática é ainda mais profunda. Como a maioria do sistema carcerário advém das classes pobres das sociedades, a reinserção destes indivíduos no âmbito social, ou seja, nesta estrutura de terapia comunitária, ensejaria uma consequência inevitável: o retorno deste ao seu seio social desprivilegiado e carente de estrutura educacional, financeira e emocional. De qualquer sorte, estaria novamente inserido no sistema de produção da criminalidade, e em muitas ocasiões, como já vêm acontecendo, a justiça com as próprias mãos pelos vizinhos e integrantes da sociedade pode começar a ser exercida, especialmente diante da evidente ineficácia da persecução penal e do sistema prisional. Nestas circunstâncias, é de se perguntar se, além da proteção que a instituição fechada fornece à comunidade contra o desviante, também resguarda o desviante contra a comunidade⁸⁹.

A desprisonização, na prática, tem semelhança muito ínfima com o discurso liberal que a defende, e tem sido usada como uma camuflagem ideológica para retenção de custos mascarada de benevolência, tolerância e busca pelas finalidades da pena⁹⁰. É por isso que o discurso é muito mais delicado do que parece, e este item pode ser considerado

⁸⁷ Ibid., p. 139.

⁸⁸ Ibid., p. 141.

⁸⁹ Ibid., p. 141.

⁹⁰ Ibid., p. 142.

uma das primeiras facetas ocultas do sistema prisional, incluindo, é claro, o mecanismo de controle pós cárcere presente na política criminal contemporânea.

3.2.3 Exemplos prisionais práticos

Somente para fins de elucidar algumas sistemáticas prisionais existentes ao longo do tempo, este item será de considerável relevância para o próximo capítulo, mormente porque retrata como a prisão se tornou uma empresa de modificação de indivíduos.

A primeira experiência notável a ser mencionada ocorreu em Filadélfia, nos Estados Unidos, ao organizar, em 1790, um sistema penal. Teve a iniciativa de William Penn e outros, daí o porquê de ter o título Pensilvânia atribuído. Assentou-se em um regime fechado puramente dito. O isolamento do condenado era constante, sem trabalho ou visitas, eram estimulados tão somente pela leitura da bíblia. Este regime foi seriamente criticado, especialmente em razão do alto índice de suicídio, e não ultrapassou o século XIX⁹¹.

Em 1821 um novo modelo de penitenciária foi implantado na prisão de Auburn, em Nova Iorque. Este se baseava no isolamento e silêncio noturno, mas em regime de comunidade durante o dia. A grande inovação foi a criação de uma oficina onde os internos eram submetidos à rigorosa jornada de trabalho. Durante a noite, haja vista o necessário silêncio, os detentos utilizavam sinais através de batidas em canos d'água, paredes e sanitários, uma forma adaptada de comunicação⁹².

Em ambos os sistemas, Filadélfia e Auburn, estava-se consubstanciando um ritual de purificação, baseado no banho, no corte de cabelo e nas vestimentas adequadas – uniforme –⁹³. Nota-se que, desde aquela época, existia uma quebra de paradigma na chegada aos estabelecimentos prisionais, de um mundo de escolhas que era deixado para trás, para um mundo de disciplina e ordem.

O banho frio possuía o condão de purificação, despertava os sentidos, alertava a mente. O corte de cabelo e o uniforme eram sinais materiais da nova identidade em constituição. Apesar das diferenças entre os regimes mencionados, como a oficina de

⁹¹ SÁ, Geraldo Ribeiro de. A prisão dos excluídos: Origem e reflexões sobre a pena privativa de liberdade. Rio de Janeiro: Diadorim Editora Ltda., 1991, p. 94.

⁹² Ibid., p. 94

⁹³ Ibid., p. 95.

trabalho e a utilização da bíblia, essencialmente, estes dois sistemas são um marco importante para a origem da ideia da perda de identidade do recluso.

Um terceiro exemplo a ser elencado é o da Ilha de Norfolk, na Austrália. Sob o comando de Alexandre Maconochie, capitão da Marinha Inglesa, nova experiência de cumprimento de pena privativa de liberdade foi realizada. Neste cenário, novamente o trabalho foi eleito como técnica disciplinar e recuperadora. Ocorreu o surgimento do *mark system*, onde a duração da pena não era necessariamente a imposta na sentença. Através de méritos e deméritos, os presos recebiam e perdiam marcar ou vales, que se mantidos, eliminavam dias da sentença. Fora elaborado ainda estágios progressivos, mais tarde conhecidos como sistema progressivo Inglês, que resultava na liberdade⁹⁴.

Três regimes podem ser destacados desta sistemática, o período de prova – era um isolamento completo –, período de isolamento noturno e trabalho diurno com rigoroso silêncio, e o período da comunidade – como uma espécie de livramento condicional –. Destas experiências, pode-se extrair a fomentação de algumas diretrizes das sistemáticas penais atuais, mormente o da individualização e indeterminação da pena, bem como o regime progressivo⁹⁵.

A Irlanda também possui exemplo histórico no desencadear das unidades prisionais. Neste caso, também havia o regime progressivo, entretanto, dividido em quatro fases. A primeira, de isolamento absoluto em cela incomunicável, como no exemplo *Nortfolk*. A segunda, com trabalho diurno e coletivo, aliado ao isolamento noturno, originário do exemplo *Aurburn*. A terceira, visava preparar o condenado para a vida em sociedade, mormente através de suave vigilância, não utilização do uniforme, transferência para prisões intermediárias, dentre outros benefícios. Por último, a quarta fase consistia na possibilidade de viver em comunidade livre⁹⁶.

O que se constata agora, tanto o regime progressivo inglês quanto o regime progressivo irlandês, que aliás, resguardam grande semelhança entre si, é que coletaram na história fortes tendências presentes nos outros regimes mencionados. Pode ser verificado que muito da *Pennsylvânia* e de *Aurburn* recaiu sobre estes futuros sistemas, especialmente o silêncio noturno e o trabalho como etapa de regeneração.

⁹⁴ Ibid., p. 96.

⁹⁵ Ibid., p. 97.

⁹⁶ Ibid., p. 98.

Prosseguindo com os exemplos históricos, o sistema espanhol de San Austin, em Valência, na data de 1834, possui um importante fator. Neste, fora criada uma forma remunerada de trabalho, evitando assim eventual exploração aos reclusos. Já o sistema de *Wizwill*, especialmente porque era localizado nas margens de um lago e em pleno campo, foi destaque como o primeiro estabelecimento a explorar atividades essencialmente agrícolas, e os reclusos possuíam livre locomoção dentro da área delimitada. Era uma forma de cumprimento de pena privativa de liberdade cuja essência era o trabalho ao ar livre⁹⁷.

Por último, o “sistema panóptico”. Este tinha como base a arquitetura construída para que a vigilância seja exercida pelo olhar, se divergia das corriqueiras masmorras, escuras, escondidas. A nova arquitetura era iluminada, exposta, colocava o sentenciado sob olhar ininterrupto. É uma nova tecnologia em função de uma nova relação de poder, presente não apenas no século XIX, mas também no século XX⁹⁸.

Este marco, aliás, é muito bem retratado também por Foucault⁹⁹: “Meu destino, diz o mestre panóptico, está ligado ao deles (aos dos detentos) por todos os laços que pude inventar.”. Este sistema deve ser entendido como um modelo generalizável de funcionamento, uma maneira concreta para definir as relações de poder com a vida cotidiana dos homens. Aliás, em cada aplicação concreta, é possível haver certo aperfeiçoamento. Nota-se, por exemplo, que é possível reduzir consideravelmente o número dos que exercem o poder, e ao mesmo tempo multiplicar o número daqueles sobre os quais é exercido¹⁰⁰.

É importante que se alerte que o panoptismo é fruto de estudos consideravelmente complexos pelo autor acima mencionado. Adentrar com profundidade neste tema não será de grande valia para o trabalho pretendido. Mas, essencialmente, um ponto precisa ser destacado. Foucault entendia este sistemática como de aplicação generalizada, inclusive socialmente, não sendo necessariamente um mecanismo de controle prisional, mas até mesmo da criminalidade. Segundo suas lições, a sua aplicação na sociedade, voltar os olhos aos potenciais infratores evitaria, até mesmo, o cometimento dos crimes. Sua

⁹⁷ Ibid., p. 98-99.

⁹⁸ Ibid., p. 99.

⁹⁹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. 15ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1997, p. 180.

¹⁰⁰ Ibid., p. 180.

importância é fundamental, e Foucault certamente voltará a ser mencionado nesta produção científica.

3.3 A “POLÍTICA” PRISIONAL

Como já retratado com convicção, a complexa e contraditória expectativa da sociedade em relação à instituição carcerária vem a contribuir para que a prisão se edifique como uma instituição necessária. O que se espera desta instituição, de modo geral, é a punição e reeducação do infrator com a simultânea proteção da sociedade. Levando-se em conta, entretanto, que os institutos da punição, educação e segurança sejam incompatíveis entre si, é de se presumir que estas finalidades múltiplas, atribuídas à pena de prisão, jamais serão atendidas¹⁰¹.

O primeiro elemento a introduzir esta discussão sobre “política” criminal é a ocorrência de uma ruptura de direitos. Vejamos que um condenado sempre é atingido por uma ruptura de direitos. Entretanto, precisamos distinguir quais destes direitos são recuperáveis, e quais após o cumprimento de pena, se encontram irremediavelmente perdidos.

Pois bem, ao adquirir a plena liberdade, o interno recupera alguns direitos civis, como o direito político de votar e ser votado, o direito de ir e vir. De outro lado, alguns direitos encontram-se impossibilitados de recuperação, principalmente porque não estão elencados em nenhum ordenamento jurídico. Tratam-se de normas morais, religiosas, de convivência social, psicológicas, nuclearmente orgânicas. Estas normas, vale dizer na maioria das ocasiões, sequer são objetivadas pelo aparelho de expressão jurídico¹⁰².

“O que passou, passou, acusa-lhe a consciência do prisioneiro.” A angústia do tempo perdido e irrecuperável raramente se afasta com a expedição de um alvará de soltura. Caminha com o egresso para onde for¹⁰³.

Outro ponto relevante a se tornar consequência é a deterioração da identidade do preso. A rotina prisional se constitui em um conjunto de práticas que colocam em choque a identidade, e acabam por determinar o delineamento de uma nova identidade, com as

¹⁰¹ SÁ, Geraldo Ribeiro de. A prisão dos excluídos: Origem e reflexões sobre a pena privativa de liberdade. Rio de Janeiro: Diadorim Editora Ltda., 1991, p. 40.

¹⁰² Ibid., p. 42.

¹⁰³ Ibid., p. 42.

características de alguém institucionalizado. A perda dos bens pessoais é algo mais relevante do que superficialmente perceptível, pois desequilibra os alicerces da personalidade. Ao ser privado dos recursos necessários à sua expressão e satisfação, o sentimento é de ser despojado¹⁰⁴.

A integridade física é outro fator que descaracteriza a identidade do recluso. A preocupação constante com a preservação, mormente diante das surras e espancamentos oriundos, ora dos custodiadores, ora dos custodiados, em um ciclo de violência corporal muitas vezes conduzido até ao estupro e o alcance dos anseios psicológicos¹⁰⁵.

Retratando a temática abordada:

Aunque la prisión no sea un simple depósito de presos, la angostura (física) y la angustia (psíquica) se confunden. Las cosas que en libertad no pasarían de pequeñas alteraciones cotidianas, crecen y se deforman como monstruosos fantasmas. El sufrimiento es aumentado por la humillación (que no es momentánea, sino duradera) de las formalidades de identificación e higiene: la toma de impresiones digitales, la fotografía, con el número en el pecho, los cabellos raspados y, si es el caso, igualmente la barba y el bigote; además, la entrega de pequeñas cosas personales, como reloj, algún anillo, dinero, para ser guardadas en propio de la administración. El preso siente miedo, se siente despojado de si mismo, abandonado, agobiado por el terrible sufrimiento de la soledad afectiva, mas terrible en un ambiente que él siente como hostil¹⁰⁶.

E os objetivos dos presidiários não se encerram. Apesar de submetidos à traumatizante situação, precisam assimilar normas impostas pelos guardas, e também por seus iguais. É um processo rápido de adaptação a um ambiente, que ao menos uma vez, na primariedade, era desconhecido e inusitado. São novos códigos gestuais, vocabulário, refeições. Em síntese, um novo modo de viver, ou de sobreviver. Com certo teor de solidariedade humana, é se perguntar: qual será o sentimento? Qual seria a reação? Quem seria “eu”?¹⁰⁷

Esta perda de identidade deteriora o ser humano, aliás, cria um “eu” proveniente dos escombros da velha identidade. Castigo e recompensa são dois fatores integrantes da ordem prisional, e acabam por servir de parâmetros para as atitudes dos reclusos. Em

¹⁰⁴ Ibid., p. 43.

¹⁰⁵ Ibid., p. 45.

¹⁰⁶ MIOTTO, Armida Bergamini. *Doctrina Y acción Postpenitenciaria*, Publicación del Patronato de Liberados de La Capital Federal – República Argentina, 1989, pp. 75 e ss, in **Temas Penitenciários**, São Paulo: Editora RT, 1992, p. 111.

¹⁰⁷ Ibid., p. 112.

verdade, o que se paga dentro de um estabelecimento prisional, pode ser visto como muito mais do que tempo. O tempo, enquanto integrante da vida humana, não possui valor mensurável, mas de igual forma, a identidade, os padrões de personalidade, muito menos. Quiçá algum ex-condenado conseguisse tirar o peso dos seus ombros quando do retorno à vida social, isto raramente acontece, e o sistema, consideravelmente cruel, continua destruindo traços irrecuperáveis do ser humano. O preço que se paga é alto, mormente quando percebemos a ineficácia concreta dos objetivos da pena de prisão.

A questão mais gravosa da situação, ainda é o porquê. Se, sabidamente, o sistema não promove a regeneração do recluso, não atende as expectativas sociais e técnicas para a existência de um sistema prisional, por qual razão ele continua existindo? Esta pergunta será respondida de forma mais aprofundada em momento oportuno, mas alguns desdobramentos preliminares já podem ser feitos.

3.3.1 Prisão e controle social

Neste panorama, a prisão possui atenção, trivialmente, voltada para a contenção e guarda de infratores, que são originários, sobretudo, das classes pobres da sociedade, a população marginal. Por certo que a prisão, especialmente na contemporaneidade, também se destina às classes privilegiadas da sociedade, mas em suma maioria, a perspicácia da persecução penal dificulta a penalização neste meio.

Junto com a formação e institucionalização do sistema prisional, ocorreu o desenvolvimento de um sistema de interesses espúrios. É certo que, via de regra, o custodiador exerce controle sobre o custodiado, mas é inevitável lembrar que isso pode ocorrer de forma recíproca, ou seja, o controle pode se tornar mútuo no interior da instituição prisional¹⁰⁸.

Para a compreensão destes aspectos, importante que se encontre a resposta: quem é o prisioneiro sob o controle do sistema prisional? Para tanto, há de se demandar duas respostas, a primeira, conceitual, a segunda, empírica.

Partindo do óbvio, a população prisional é composta por indivíduos que se comportaram em desarmonia com a legislação penal vigente. Conceituando, Geraldo

¹⁰⁸ SÁ, Geraldo Ribeiro de. A prisão dos excluídos: Origem e reflexões sobre a pena privativa de liberdade. Rio de Janeiro: Diadorim Editora Ltda., 1991, p. 144.

Ribeiro de Sá¹⁰⁹ anota: “Um comportamento ilegal pode ser expresso por um ato e série de atos, por ações e omissões isoladas ou componentes de um processo denotativo de um modo de vida, uma forma de existência”. Dito isto, é possível considerar a primeira parte do conceito como descritiva enquanto componente fundamental de um infrator, e a segunda etapa – modo de vida, forma de subsistência – do delinquente¹¹⁰.

Delinquente pode ser sinônimo de criminoso, aquele que leva uma vida de crimes, enquanto infrator, é o que comete uma infração, ainda que isoladamente. Pode-se dizer até, que delinquente é compreendido como espécie do gênero infrator, ao menos na conceituação supramencionada. Mas o ponto de trazer a referida diferenciação não se esgota em mero tratamento etimológico. Apesar de na abordagem jurídica estas expressões serem tratadas como sinônimas, do ponto de vista sociológico elas resguardam importante distinção.

O delinquente denota maior profundidade, expressa um estado de ser, modo de viver, onde o conteúdo não se limita apenas, eventualmente, às contínuas infrações. Principalmente, pode-se dizer que o delinquente está atrelado à continuidade e duração de um processo, uma conversão de valores de um universo específico¹¹¹.

O curioso é que, sociologicamente falando, infrator e delinquente aparecem como personificações de momentos qualitativamente diferentes, e no entanto, componentes de um mesmo processo social¹¹². O que se expressa com isso, é que a sistemática condiciona e ocasiona a consequência da delinquência.

Foucault retratando com suas palavras, e entende que a prisão pode ser compreendida como fomentadora da delinquência. Denota que a delinquência, aliás, é uma relação de estado inerente e imanente dos nexos estabelecidos entre prisioneiros e prisão, embora não ignore a linha tênue de produção da delinquência também nas relações extramuros¹¹³.

Se por um lado a análise sociológica da funcionalidade prisional precisa distinguir o infrator do delinquente, em um estudo empírico, nem sempre é fácil identificar, no interior dos estabelecimentos prisionais, quem se enquadra no primeiro conceito e quem se

¹⁰⁹ Ibid., p. 145.

¹¹⁰ Ibid., p. 145.

¹¹¹ Ibid., p. 145.

¹¹² Ibid., p. 145.

¹¹³ FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir. 15ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1997, p. 229.

enquadra no segundo. Foucault tenta um indicativo, de que o correlativo da justiça penal seria o infrator, mas o do aparelho penitenciário seria o delinquente¹¹⁴.

Estes indicativos perpetuam uma ideia de socialização prisional. O grande problema, é que esta socialização ocorre erroneamente. Em verdade, aqueles indivíduos se preparam para uma vida em estado de delinquência. Na medida em que o judiciário define o infrator, o estabelecimento prisional passa a moldar o delinquente. Deixando temporariamente de lado noções conceituais, é de grande relevância que a diferenciação pretendida seja tratada de forma empírica, elaborando certos traços de determinação, como cor, idade, ocupação, escolaridade, dentre outros.

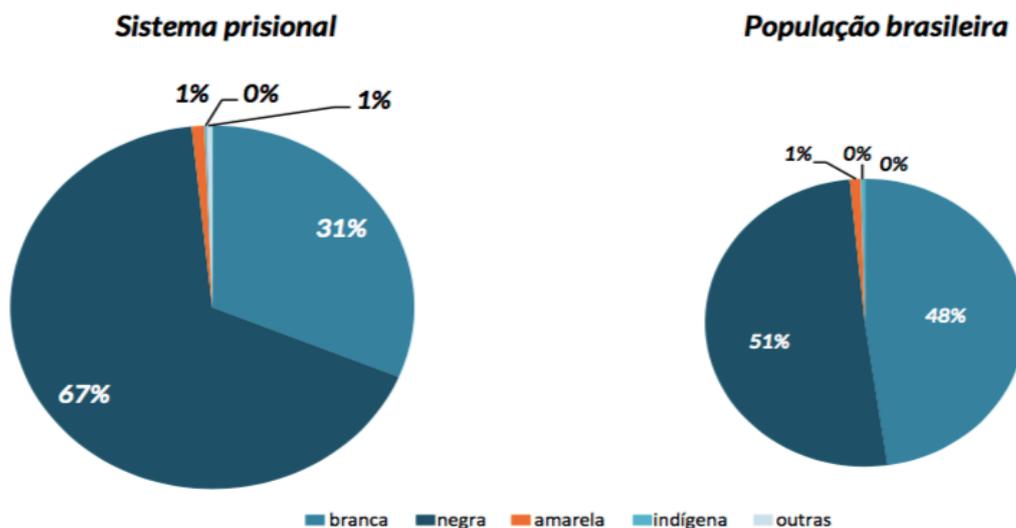
Como os dados coletados variam de localidade para localidade, e o objeto desse estudo não se limita à determinado ordenamento jurídico, ou determinada localidade de estabelecimentos prisionais, os dados empíricos serão trazidos tão somente para reflexão, e de forma generalizada.

O paradigma de que a população carcerária é composta, essencialmente, por negros, precisa ser mantido. Apesar da população branca também delinquir, deixa-se prender e transcorre o funil da persecução penal, entre polícia, justiça e prisão, possuem enorme expressividade nos estabelecimentos prisionais. Entretanto, algumas elementares relacionadas à cor precisam ser apontadas, após análise do gráfico abaixo, referente ao sistema prisional brasileiro¹¹⁵.

¹¹⁴ Ibid., p. 230.

¹¹⁵ SÁ, Geraldo Ribeiro de. A prisão dos excluídos: Origem e reflexões sobre a pena privativa de liberdade. Rio de Janeiro: Diadorim Editora Ltda., 1991, p. 149.

FIGURA 1: Raça, Cor ou Etnia nos estabelecimentos prisionais brasileiros¹¹⁶



Fonte: Infopen, junho/2014 e IBGE (2010)

A primeira premissa consiste no fato da população negra ser mais tendente à criminalidade. Isto ocorre, essencialmente, porque em decorrência do preconceito racial, ela se torna mais vulnerável do que a branca à vigilância e ação policial. A grande maioria dos negros dentro do sistema prisional se encontram, fora deles, em localidades que os brancos também integram. Entretanto, isso não é fator para igualdade nas prisões e abordagens relacionados às forças policiais¹¹⁷.

A primeira hipótese, de que há uma tendência inata da população negra em cometer delitos merece ser descartada. A segunda hipótese, trazida no parágrafo anterior, parece conter muito mais verossimilhança, pois se baseia em uma tradição histórica, vale dizer mundial, de consciência racial. Uma terceira hipótese levaria em conta a determinação da segunda. Isto é, a relação entre cor da pele e vulnerabilidade policial, fundados em preconceitos elaborados por brancos. Resta evidente que apenas o faro policial sobre o homem negro, não conseguiria justificar a alta expressividade de brancos no interior do estabelecimento prisional. É por isso que outro fator fica atrelado à cor, o da pobreza, especialmente porque além dos negros ensejarem a vigilância incisiva, também

¹¹⁶ In: <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>, acesso em 16 de maio de 2017.

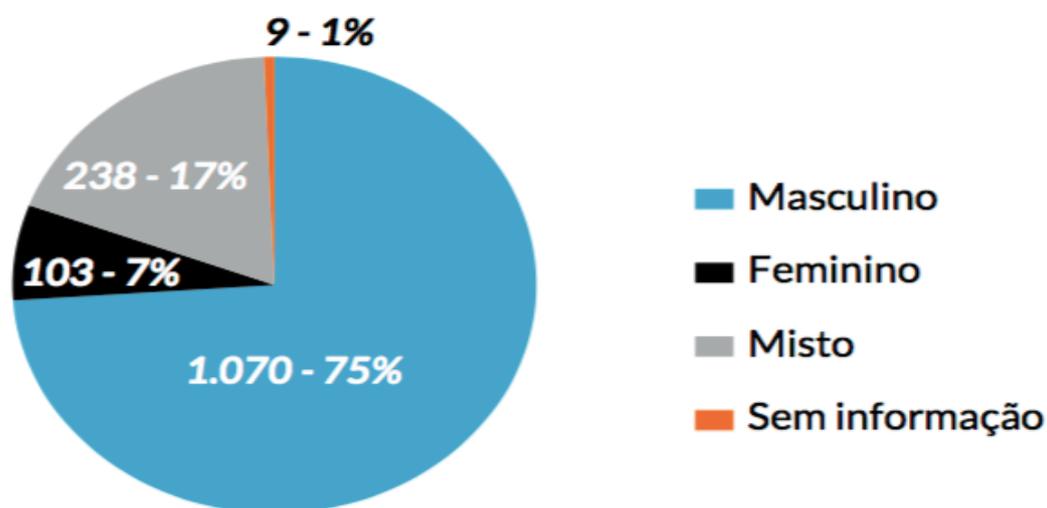
¹¹⁷ SÁ, Geraldo Ribeiro de. A prisão dos excluídos: Origem e reflexões sobre a pena privativa de liberdade. Rio de Janeiro: Diadorim Editora Ltda., 1991, p. 149.

são, nas camadas sociais, integrantes das classes mais pobres, junto com muitos outros brancos¹¹⁸.

Por razões científicas, a existência de fatores genéticos para determinação do criminoso não é explicação válida. Entretanto, a pobreza e a negritude são fatores importantes e suficientes para sensibilizar a vigilância policial, ocasionando a sua ação sobre segmentos subalternos, especialmente onde os fatores cor e pobreza estejam atrelados¹¹⁹.

Também existem certos padrões inerentes à idade e gênero, pois os presos são, normalmente, predominantemente jovens, homens e com idade entre 18 e 35 anos. A divisão dos estabelecimentos prisionais brasileiros demonstra isso. Colhe-se dos dados do Infopen, em junho de 2014, que três quartos dos estabelecimentos são masculinos, havendo, inclusive, maior expressividade de unidades mistas (17%) do que femininas (7%)¹²⁰.

FIGURA 2: Destinação do estabelecimento prisional por gênero



Fonte: Infopen, junho/2014

Estes complexos penais são criados para atender os padrões criminais demandados pela sociedade brasileira. Outras questões de padronização referente aos

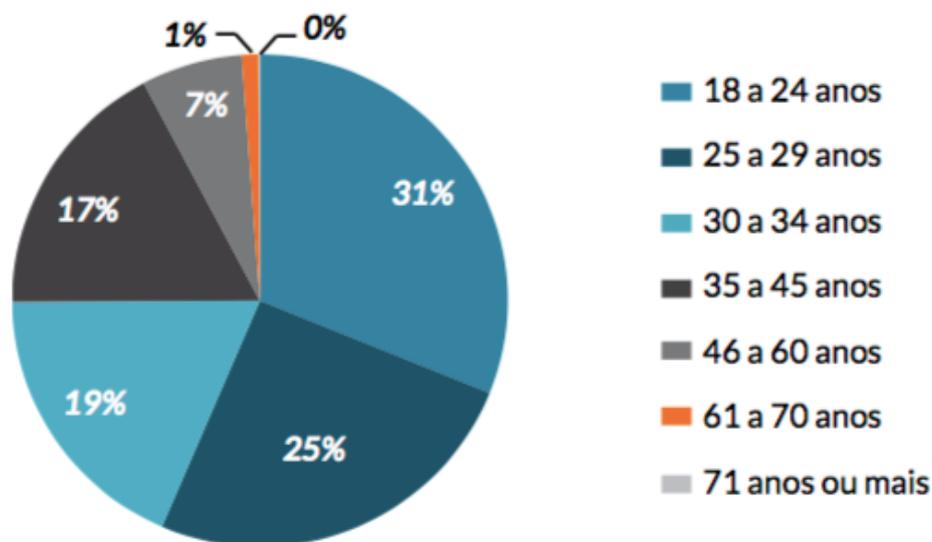
¹¹⁸ Ibid., p. 149.

¹¹⁹ Ibid., p. 150.

¹²⁰ In: <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>, disponível em 16/05/2017.

estabelecimentos prisionais serão tratadas em momento oportuno, especialmente o que se refere à precarização destes estabelecimentos. Por ora, a figura acima, e a que segue abaixo, servem apenas para fomentar a ideia de padronização da população carcerária.

FIGURA 3: Faixa etária das pessoas privadas da liberdade¹²¹



Sendo predominantemente jovens, os primeiros contatos destes com o mundo prisional são, quase sempre, dramáticos e marcantes para o resto da vida. Mas o principal ponto de análise, inerente às políticas criminais, se refere aos delitos cometidos pelos reclusos, e para isso, novo tópico há de ser criado, especialmente em razão da desigualdade social representada, também pela forma de punição estatal, não sem antes chamar a atenção para o que se relaciona aos presos provisórios e a funcionalidade da aplicação penal.

3.3.2 Os presos provisórios

Uma problemática importante inerente ao sistema encarcerador é a questão dos presos provisórios. Em verdade, colocam novamente em cheque as questões legitimadoras do sistema prisional.

¹²¹ In: <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>, disponível em 16/05/2017.

Primeiramente, um apontamento terminológico importante se refere aos “presos provisórios”. Estes, podem resguardar diferenças substanciais na terminologia de tratamento, nota-se que, de um país para outro, é possível encontrar palavras iguais e empregadas com sentidos diferentes, e também palavras muito diversas, mas empregadas no mesmo sentido. Tratando de um linguajar técnico, é possível definir os presos provisórios como aqueles que se encontram em prisão provisória, ou seja, diferentemente daquele definitiva destinada ao cumprimento de uma pena¹²².

Por composição lógica, apesar das ideias que legitimam o encarceramento tratadas no primeiro capítulo, especialmente a diretriz que visa a reinserção social no recluso, ocorre, nestes casos, ligeira mitigação. Lembra-se:

Por supuesto, el tratamiento destinado a los presos provisionales no puede tener ese objetivo, ya que no siendo condenados, se presumen inocentes, según el principio consagrado en el art. 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos [...]. Quien es jurídicamente inocente, no tiene, jurídicamente, de qué enmendarse.

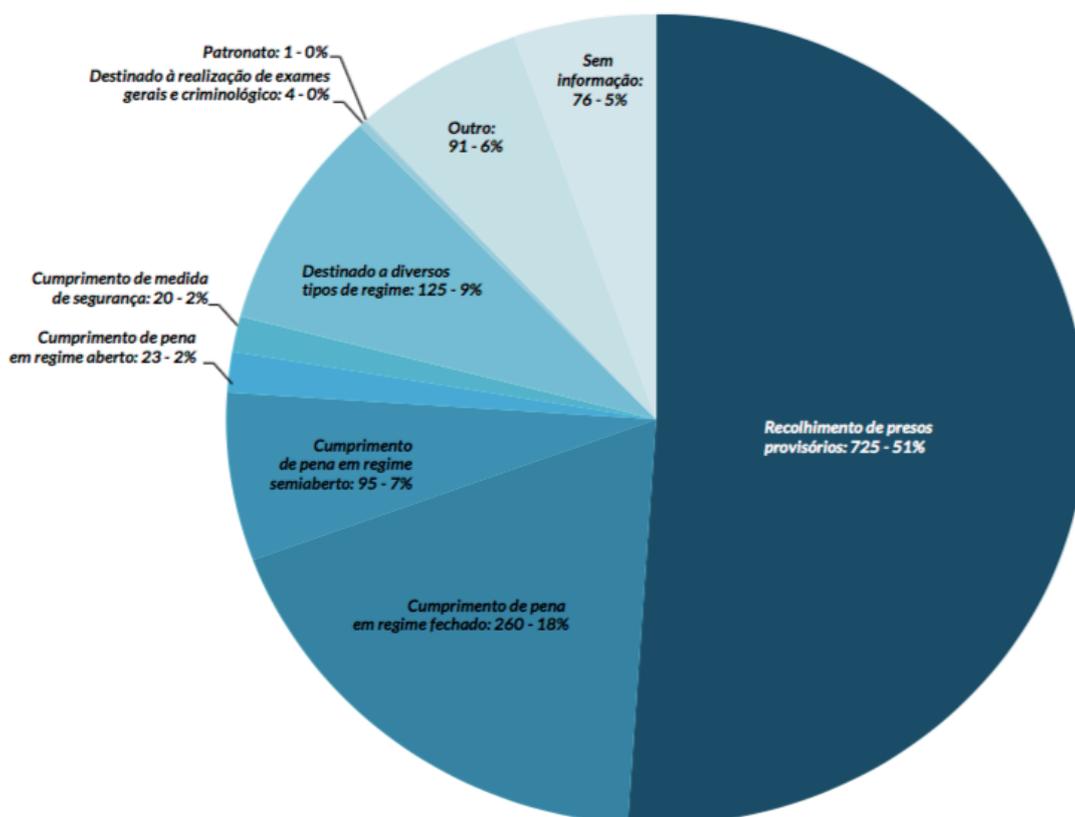
Mas pergunta-se, qual o objetivo do tratamento concedido aos presos provisórios? Presumindo-se que são inocentes, o objetivo do tratamento deverá ser, em qualquer caso, o de minimizar o sofrimento imposto pela situação de presidiário, e preservar, tanto quanto possível, a integridade da sua personalidade, fomentando o princípio da dignidade da pessoa humana¹²³.

Conforme dados provenientes do “Infopen”, os estabelecimentos prisionais brasileiros, essencialmente, se destinam aos presos provisórios, mormente porque 51% destes, em 2014, o equivalente a 51%, possuíam tal destinação¹²⁴.

¹²² MIOTTO, Armida Bergamini. *Doctrina Y acción Postpenitenciaria*, Publicación del Patronato de Liberados de La Capital Federal – República Argentina, 1989, pp. 75 e ss, in *Temas Penitenciários*, São Paulo: Editora RT, 1992, p. 102.

¹²³ *Ibid.*, p. 104.

¹²⁴ *In*: <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>, disponível em 16/05/2017.



Fonte: Infopen, junho/2014

Os dados são alarmantes, e vale estar atento para uma importante questão. As funções legitimadoras da sistemática prisional no que se relacionam aos condenados definitivos, não são necessariamente as mesmas do preso provisório. No caso destes, a função da reprimenda deve estar intimamente ligada à questão preventiva, e em hipótese alguma possuir aspecto de retribuição.

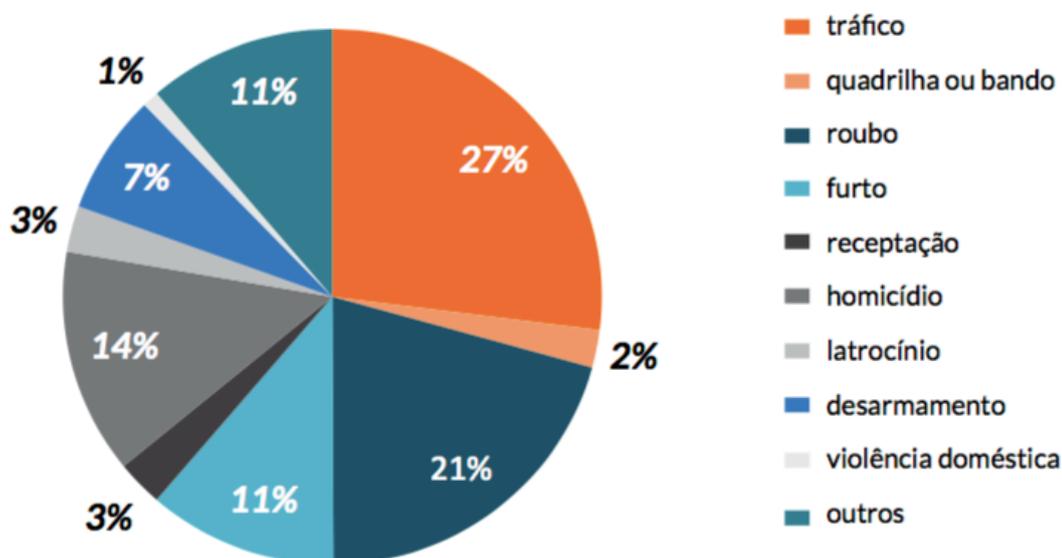
O maior problema é que esta dificuldade é encontrada nos mais diversos sistemas prisionais que abrigam presos provisórios, muitas vezes acompanhados de condenados definitivos. Não existindo esta divergência de tratamento entre eles, as prisões provisórias raramente não carecem de elementos que legitimam a sua aplicação e, principalmente, sua eficácia.

Mas voltando ao tópico anteriormente levantado, seguindo ainda na linha do estudo dos padrões dentro dos estabelecimentos prisionais, o gênero de crimes cometidos volta a ser colocado em pauta, com os *White Collar Crimes*, que possui séria ligação com a abordagem criminológica que será realizada no próximo capítulo.

3.3.3 *White Collar Crime* e sua inexpressividade prisional

É de fácil constatação na experiência empírica que, a população carcerária, não apenas no Brasil, é composta de forma extremamente minoritárias por certas condutas delituosas. Outras, entretanto, compõe de forma predominante os sistemas carcerários, o que pode ensejar diversas reflexões.

FIGURA 4: Distribuição de crimes tentados e consumados entre as pessoas privadas da liberdade¹²⁵



Fonte: Infopen, junho/2014

No Brasil, por exemplo, segundo dados do Infopen em junho de 2014, dos 245.821 crimes cometidos pelos reclusos, 97.206 representam delitos contra o patrimônio. Em segundo lugar de expressividade, os crimes relacionados às drogas (Lei 6.368/76 e Lei 11.343/06) representam 66.313 detentos. Contrastando, grupos como os dos delitos contra

¹²⁵ In: <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>, disponível em 16/05/2017.

a fé pública, representam o número de 2.162, contra a administração pública, apenas 311 detentos no país, e crimes de particulares contra a administração pública, 1.262¹²⁶.

Mas prosseguindo, e superadas as considerações necessárias para o momento acerca da população carcerária predominante, a análise criminológica relacionada aos crimes de colarinho branco pode ser iniciada. A maior pretensão de trazê-la nesta produção, especialmente levantada no campo que se refere à política criminal, é criar as primeiras diretrizes que delimitam a existência da sistemática criminal a ser como ela é.

O termo *White Collar Crime* foi uma contribuição criminológica trazida por Edwin Sutherland, um sociólogo estadunidense que fez um famoso pronunciamento em 1938, no encontro anual da *American Sociology Society*. O pronunciamento foi consideravelmente impactante, isto porque a criminologia, até então, costumava se ocupar de explicar e desenvolver teorias sobre outro gênero de crimes ou criminosos, passando alheia aos crimes econômicos cometidos pelas pessoas de uma classe social elevada. Com a linha de pensamento de Sutherland, aquelas ideias começaram a se expandir, positivamente, como um estopim de visibilidade do cenário completo.

Um expressionismo da significativa contribuição de Sutherland é exposta por Jeffery H. Reiman¹²⁷, que evidencia um paradigma na história da criminologia, inovando conceitos retrógrados de muitos autores:

Sutherland had a particular dislike for theories that explained crime by some sort of individual defect or pathology (Snodgrass, 1972; see also Laub & Sampson, 1991). White-collar crime, he felt, proved especially problematic for explanations based on crime as a lower-class phenomenon that linked offending to poverty or to “personal and social characteristics statistically associated with poverty, including feeble-mindedness, psychopathic deviations, slum neighborhoods, and ‘deteriorated’ families”¹²⁸

¹²⁶ In: <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>, disponível em 16/05/2017, p. 65-68.

¹²⁷ REIMAN, Jeffery H.. *The Rich Get Richer and The Poor Get Prison*. New Jersey: Wiley, 1979. Capítulo 11 disponível em <http://www.sagepub.com/upm-data/38171_11>. Acesso em 01 de março de 2015, p. 267.

¹²⁸ Sutherland teve um desgosto especial pelas teorias que explicavam o crime por algum tipo de defeito individual ou patológico. Os crimes de colarinho branco, como ele sabia, evidenciaram uma problemática especial para explicações baseadas em crime como fenômeno das classes baixas, que ligavam o infrator à pobreza ou a “características pessoais e sociais estatisticamente associadas à pobreza, incluindo debilidade mental, desvios psicopáticos, bairros carentes e famílias deterioradas”.

Sutherland¹²⁹ trouxe suas maiores contribuições acerca do assunto em sua obra, *White Collar Crime*, publicada originariamente em 1949, e conceitua os crimes de colarinho branco como “*a violation of criminal law by a person of the upper sócio-economic class in the course of his occupation activities*”¹³⁰.

No desdobramento de sua teoria, Sutherland, em análise das maiores corporações americanas, formulou a teoria da associação diferencial. Nesta, conclui que a motivação para os crimes ocorrem através dos processos comunicativos no interior do seio social em que o indivíduo vive. Sendo assim, os empresários por exemplo, estão indiscutivelmente tendentes ao cometimento de infrações econômicas. Isto ocorre porque, normalmente, desenvolvem estímulos ao acréscimo financeiro a qualquer custo mais do que desestímulos às infrações penais, acarretando em uma perspectiva legal desleixada¹³¹.

Percebe-se, então, que os crimes do colarinho branco, enquanto estritamente ligados ao exercício das atividades empresariais, criam certas tendências. Na era capitalista, especialmente no Brasil, diante da extrema dificuldade de manutenção dos empreendimentos no mercado, o tráfico de influência e a sonegação de imposto se tornam rotineiros. Aliás, toda a sistemática fomenta a desenvoltura de formas para lubrificar a legislação vigente em prol da fomentação de lucros. Como a maioria dos crimes ligados à atividade empresarial possuem ligação com o conceito criminológico trazido por Sutherland, este precisa ser melhor desenvolvido.

Conforme citação realizada anteriormente¹³², o autor supramencionado trouxe três pressupostos básicos para o enquadramento de um crime como *White Colar Crime*: a violação de uma norma penal, pertencer a uma classe sócio-econômica elevada, e cometer a infração no exercício da sua atividade profissional. Portanto, devido as peculiaridades do crime, que normalmente traz um retorno financeiro muito grande aos sujeitos ativos, muitos mecanismos de interesses circunstanciam a sistemática penal. A tendência é pela impunidade e inaplicabilidade de penas privativas de liberdade. Mas esta desigualdade sistêmica do ordenamento jurídico-penal se justifica?

¹²⁹ SUTHERLAND, Edwin. *White Collar Crime: The Uncut Version*. New Haven: Yale University Press, 1983, p. 7.

¹³⁰ Uma violação das leis criminais por uma pessoa de classe sócio-econômica elevada no curso das suas ocupações.

¹³¹ Op. cit., passim.

¹³² “*a violation of criminal law by a person of the upper sócio-economic class in the course of his occupation activities*”

Um dos primeiros fatores a serem levantados é efetivamente as características do sujeito ativo do delito de colarinho branco. Em sua maçoante maioria, são empresários bem sucedidos, com amparo intelectual e influência suficientes para a impunidade. Normalmente são pessoas que gerem seus negócios com a maior sagacidade possível, e se utilizam dos meios necessários para assegurar o seu sucesso. Quanto a padronização destes sujeitos, Braithwaite¹³³, a título de curiosidade, anota o seguinte:

*The only generalizations that can reasonably be made about the characteristics of white collar criminals are banal. White collar criminals are not likely to be juveniles and are not likely to be female or poor. These generalizations are virtually true by definition, since juveniles, women, and the poor do not generally occupy the occupational roles required for white collar offending.*¹³⁴

Assim, podemos perceber a ampla diferenciação dos crimes comumente repreendidos pela política criminal, como no gráfico demonstrado no início deste tópico. O que se verifica para os delitos comuns, é uma tendência do sujeito ativo ser negro ou pobre, padrão maçoante do interior dos estabelecimentos prisionais do país. Quando se fala em crimes do colarinho branco, via de regra não se refere ao marginal estigmatizado, condenado pelo sistema e pelas pessoas, que não o querem em convívio com a sociedade e sofrem a incidência dos mecanismos de persecução. Em verdade, se está diante de pessoas comuns, inteligentes, trabalhadoras, que convivem no âmbito da alta sociedade, vivenciando e compartilhando experiências bem sucedidas.

Baratta¹³⁵ fomenta as ideias propostas da seguinte forma:

Realmente, essa definição de criminalidade e as correspondentes reações não institucionais por ela condicionadas (a reação da opinião pública e o alarme social), estão ligadas ao caráter estigmatizante que a criminalidade leva, normalmente consigo, que é escassíssimo no caso da criminalidade de colarinho branco. Isto é devido, seja à sua limitada persecução e a relativamente escassa incidência social das sanções correspondentes, especialmente daquelas exclusivamente econômicas, seja ao prestígio social de que gozam os autores das infrações.

¹³³ BRAITHWAITE, John. *White Collar Crime*. Ann. Revi. Sociol, Austrália, 1985, p. 4. Disponível em: <<http://cooley.libarts.wsu.edu/criminology/documents/braithwaite.pdf>>. Acesso em 19 de maio de 2015.

¹³⁴ As únicas generalizações que podem ser razoavelmente feitas sobre as características dos criminosos de colarinho branco são banais. Eles, via de regra, não são jovens, mulheres ou pobres. Estas generalizações são verdade por definição, uma vez que os jovens, as mulheres e os pobres normalmente não integram os papéis ocupacionais necessários para as ofensas do colarinho branco (tradução livre).

¹³⁵ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999, p. 103.

Desta forma, não há um anseio social tão grande em se privar da companhia dos criminosos do colarinho branco, em protestar pela sua criminalização e todas as responsabilidades inerentes. Isto ocorre, principalmente, porque no contexto social alheio à gravidade que a admissibilidade da atual sistemática criminal representa, criminosos como estes são irrelevantes. Este é um engano que acaba por sustentar um dos maiores mercados brasileiros, o da circulação do capital ilegal. Portanto, o primeiro grande fator de justificação para a desigualdade penal no caso dos delitos de colarinho branco, são os sujeitos envolvidos no gênero delitivo.

Deixando um pouco as ideias de Sutherland de lado, é possível dizer que, no caso dos crimes de colarinho branco, estamos diante de um estado de anomia social. Em verdade, o conceito de anomia foi criado antes mesmo das primeiras conceituações acerca dos delitos de colarinho branco, e buscava explicar os crimes das classes baixas. Entretanto, a sua adequação parece pertinente para explicar a tendência do gênero de crimes.

A perspectiva é de que o crime é um fato social normal a qualquer sociedade. O estado de anomia ocorre diante de uma ruptura entre as estruturas sociais e culturais. Explicando, trata-se de uma disjunção entre metas culturais e a capacidade da estrutura social em proporcionar a determinado indivíduo, a possibilidade de atingir seus objetivos¹³⁶. Desta forma, é evidente que os valores culturais contemporâneos geram uma pressão considerável pelo sucesso profissional nos criminosos de colarinho branco, mormente no ramo empresarial. Não justifica, mas fomenta a explicação.

Exemplificando, a teoria da anomia tentou explicar porque um garoto pobre furta para comprar um tênis de marca que viu outro garoto rico usando no colégio. Entretanto, a teoria se envolve em outra panorama, na medida em que serve de explicação para o empresário frustrado que precisa atingir metas altas, ser tão rico quanto os semelhantes do seu ciclo social. Este, de igual forma, não consegue alcançar seu objetivo cultural em consonância com as possibilidades legítimas criadas pela sociedade e pelo sistema legal. Logo, deixa de buscar seus objetivos, ou deixa de estar de acordo com as normas sociais? A resposta parece óbvia diante do panorama – no que se refere aos crimes empresariais – das políticas criminais. O que se percebe é que, em ambos os casos, os indivíduos recorrem

¹³⁶ MERTON, Robert K., Social Structure and Anomie, American Sociological Review, Volume 3, Issue 5, 1938, passim.

ao ato ilícito para suprir seu anseio cultural, e aparentemente passa despercebido pela sistemática penal.

Esta perspectiva de anomia social, somada às eventuais consequências a serem causadas pela desigualdade sistêmica do direito penal, levam aos primeiros questionamentos sobre os rumos a serem tomados pela sociedade contemporânea.

O direito penal e a política criminal contemporânea apresentam alguns paradigmas questionáveis. Enquanto visto como resposta harmônica para a solução dos mais diversos conflitos, em boa parte das vezes pode vir apenas a representar apenas um mecanismo social de manutenção do *status quo*, ou uma equivocada resposta aos problemas sociais. Especialmente no século em que nos encontramos, ideias retributivas são cada vez mais trabalhadas como um retrocesso, e as teorias preventivas cada vez mais explanam suas falhas. Portanto, muitos questionamentos precisam ser feitos.

Três teses de política criminal merecem ser assinaladas a fim de ilustrar o cenário político-criminal que acompanha a transição secular. A primeira corresponde em reconhecer que a política criminal deve configurar como o principal alicerce da ciência conjunta do direito penal. Basicamente por duas razões, porque é ela que define os limites da punibilidade, e porque o fato punível deve ser uma construção concreta da mesma. A segunda tese tem como pressuposto de que o direito penal é, exclusivamente, a proteção subsidiária dos bens jurídicos, esta já foi mais aprofundada no capítulo anterior. Estes bens jurídicos, por sua vez, são aqueles fundamentais à vida comunitária e ao livre desenvolvimento pessoal, com claros expressionismos no texto ou na teleologia da norma constitucional. A terceira tese sustenta que as penas são comandadas exclusivamente por finalidades de prevenção, seja geral positiva – integração – ou especial positiva – ressocialização –. A culpa, segundo a função determinada pela política criminal, constituiria apenas um pressuposto de punibilidade, e um evidente limite da imposição penal¹³⁷.

Destas três teses é possível abstrair os alicerces penais que nos acompanham até então. Agora, passa a ser natural o questionamento, especialmente diante da consequente aplicação desigual do direito penal no que concerne aos seletos crimes de colarinho branco, se estes padrões deverão estar presentes nos tempos que virão. Alternativamente,

¹³⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. Temas Básicos da Doutrina Penal. Coimbra: Coimbra Editora: 2001.

se deve haver uma alteração nas concepções básicas, como a finalidade, a própria legislação e a função do direito penal.

Um dos principais problemas da política criminal atual adentrar ao novo século, é que atualmente ela funciona como pressuposto de uma estruturação criminal precária, ineficaz e classista. Concernente aos crimes de colarinho branco, por exemplo, o garantismo envolvente acaba por se transformar em uma dupla balança de justiça. Por um lado, de forma sistemática e duradoura, penaliza os delitos dos pobres, de outro garante a liberdade nos delitos dos ricos¹³⁸.

Por óbvio que o direito penal cultivado não está suficientemente preparado. Primeiramente, não o está quanto ao modo de produção legislativa. Isto ocorre pela excessiva dificuldade e demora no processo da legislação penal, que sempre ocasiona uma reação tardia em relação à transformação social. Esta transformação social, por outro lado, se processa a uma velocidade de comunicação global, instantânea e imprevisível. Portanto, a sistemática legislativa é falha quando estamos tratando de uma criminalidade organizada, como os “senhores do crime”¹³⁹. Sendo assim, o caminho tende para um cenário que põe em sério risco a democracia, podendo vir a ensejar uma ruptura civilizacional¹⁴⁰.

O direito penal também não está preparado para tutelar grandes riscos se prosseguir a condicionar sua legitimação substancial no modelo do contrato social rosseauiano com a função exclusivamente protetora de bens jurídicos de *ultima ratio*¹⁴¹. Isto ocorre porque, mantidos estes pressupostos, significaria que o direito penal não serviria a um papel de proteção das gerações futuras, como a desregulação da atividade produtiva, o meio ambiente, dentre outros. Toda a estrutura delitiva criada com as teorias da imputação objetiva, da causalidade e do dolo levam à uma sistemática de que a ação dolosa constitui a forma natural do aparecimento do crime. Em verdade, para a contenção dos riscos universais, anota Figueiredo Dias, que é exigido uma criminalização expansiva dos delitos de negligência e omissão¹⁴².

¹³⁸ ANITUA, Gabriel Ignácio. Histórias dos pensamentos criminológicos. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2008, p. 497.

¹³⁹ C.f. Cunha Rodrigues, “Os Senhores do crime”, RPCC 9, 1999, p. 7 e A. Almeida Santos, “Novo mundo, novo crime, nova política criminal” RPCC 10, 2000, p. 343.

¹⁴⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. Temas Básicos da Doutrina Penal. Coimbra: Coimbra Editora: 2001.

¹⁴¹ C. F Claus Roxin. Problemas fundamentais do direito penal. Lisboa: Vega, 2004, para mais propriedade acerca da discussão da legitimação do direito penal enquanto proveniente de um contrato social com o fim da tutela subsidiária de bens jurídicos.

¹⁴² DIAS, Jorge de Figueiredo. Temas Básicos da Doutrina Penal. Coimbra: Coimbra Editora: 2001.

Há de se reconhecer que esta expansão da criminalização somente poderia ocorrer com a quebra do pressuposto do contrato social, de fato como fora exposto. Pois enquanto este for o aceito, o direito penal vai continuar a simbolizar a maior interferência estatal nas liberdades individuais, que somente pode ser justificada em razão da tutela de bens jurídicos concretos. Desta forma, enquanto houver a manutenção deste pressuposto de existência do direito penal, haveremos de discordar do posicionamento apresentado.

De qualquer sorte, mais dois importantes pontos devem ser sopesados como problema das políticas criminais. Concernente ao aspecto legislativo, além da forma lenta e dificultosa de criar e alterar leis penais, um outro ponto merece destaque, a forma temerária. Agora a discussão paira novamente sobre os crimes de colarinho branco. Os membros do poder legislativo são representantes populares eleitos democraticamente. Acontece que no decorrer dos seus mandatos, que muitas vezes se postergam por décadas, a situação pode se tornar extremamente temerária no que concerne à política criminal. Primeiramente porque eles representam indiretamente, em sua maioria, o alto investimento de capital que os colocou no poder. Por esta razão, o modo com que conduzem seus trabalhos pode ser questionável.

Por óbvio que esta perspectiva não pode ser generalizada a todos parlamentares. Entretanto, seria ingenuidade pensar que o esmagador capital não cria as tendências nacionais também no que concerne à política criminal. A manutenção do *status* de impunibilidade nos crimes de colarinho branco é algo que interessa à incontáveis influências políticas do Brasil. Ainda que a realidade atual demonstre caminhos diversos¹⁴³, os fatores ocultos continuam presentes.

Alessandro Nepomoceno Pinto chama esta circunstância de função latente do sistema penal. Ao pautar-se na seletividade, o sistema permite imunizar camadas que, ao contrário das selecionadas, possuem alguma forma de poder, seja este de aspecto político, científico ou econômico. Enquanto exerce o poder de repressão focado em uma restrita camada da criminalidade, deixando-a visível aos olhos de todos, também deixa de reprimir a maioria das condutas perpetradas por camadas sociais imunes. E estas pessoas,

¹⁴³ Isto em decorrência dos escândalos recentemente apurados e a efetiva prisão de criminosos de colarinho branco.

pertencentes a nichos societários não escolhidos pelo sistema penal, acabam por não sofrer a repressão ao cometimento de condutas ilegais¹⁴⁴.

A política criminal atual no Brasil não serve de alicerce para um estado democrático de direito, e caminha para uma espécie de sociedade de risco. Os crimes empresariais caminham, em sua maioria, alheios às instâncias formais de controle por diversas razões, e alterações consistentes na sistemática penal são fundamentais para concretizar as satisfações da sociedade contemporânea.

3.4. CONCLUSÕES PARCIAIS

Historicamente, a pena de prisão foi mitigando seus principais aspectos. Visando atender os propósitos da época, alguns mecanismos de elaboração foram experimentados ao longo da história, e neste capítulo alguns deles foram bem trabalhados. Com isto, foi permitido vislumbrar um cerne mais concreto daquilo que já transcorremos na história, para aquilo que, ao fim deste trabalho científico, alternativamente precisaremos percorrer.

Mas não apenas os estabelecimentos prisionais propriamente ditos foram tratados. Questões filosóficas envolvem a pena de prisão, e conseqüentemente, o processo de criminalização. Por isto, quando uma conduta é tida por crime, insere-se uma nova possibilidade de produção de criminoso. Esta é, de fato, uma construção social. Sendo assim, nos entendimentos criminológicos apresentados – *labelling approach* –, é facilmente constatada a conclusão de que a criminalidade é criada pela sistemática social.

As atitudes de deliberação para a construção da criminalidade, legislativamente falando, sofre alguns óbices de legitimidade. O primeiro dele diz respeito ao aspecto – falsamente – democrático de escolha dos representantes que possuirão poder para definição da criminalidade, e conseqüentemente, do criminoso. Estes, concretamente, são influenciados pelo capital, e como vêm demonstrando ao longo da história, criam diretrizes criminais que isentam das instâncias formais de controle, apesar de não totalmente, certos nichos da sociedade.

É impossível estudar a criminalidade alheio a estes ponderamentos, que foram trazidos apenas de forma introdutória, e serão desdobrados com maior concretude no

¹⁴⁴ PINTO, Alessandro Nepomoceno. O sistema Penal: Suas verdades e mentiras (fls. 182-194), *in*: Verso e Reverso do Controle Penal, organização de Vera Regina de Andrade, volume 2, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002, p. 182.

mesmo capítulo. Em especial, as teorias criminológicas que retiram a legitimidade da sistemática prisional, como o *labelling approach* e a criminologia crítica.

Independente destes momentos diversos a tratarem de assuntos semelhantes, neste capítulo transcrito também foi possível vislumbrar algumas realidades, inclusive empíricas, do sistema prisional. Primeiramente, uma das grandes propostas da pena de prisão, concernente à ressocialização, passa longe de ser alcançada, existindo uma verdadeira irrecuperação sistemática e duradoura dos reclusos e egressos.

Algumas consequências da pena de prisão, especialmente aquelas inerentes à perda de identidade dos indivíduos submetidos ao sistema carcerário não podem ser ignoradas. Precarizam o sistema de forma concreta, e tendem a atrapalhar as verdadeiras finalidades da pena.

Trazendo o assunto de finalidade, alguns exemplos práticos de sistema prisional foram abordados, e contribuíram, como já dito no início destas conclusões parciais, para elucidar soluções futuras, sem embargo aos insucessos já transcorridos na história. Com isto, talvez seja possível se abster dos erros do passado, para traçar diretrizes práticas e de finalidades na concretude de legislações promissoras no sentido ressocializador, incluindo, neste caso, o sistema prisional a que se insere.

Em continuidade, o termo “política” criminal foi propositalmente assinalado, porque se distingue concretamente do que os juristas criminais entendem por política criminal. Em geral, foi uma abordagem sobre a politicagem criminal, reforçando as reflexões criminológicas trazidas no início do capítulo, sobre a seletividade punitiva.

Neste caso, o assunto foi complementado, com ideias, principalmente, de Michel Foucault, relacionando a prisão com o controle social, e por Edwin Sutherland, ao tratar dos crimes de colarinho branco. O primeiro, significativamente insere os sistemas prisionais em padronizações sociais relevantes, elaborando uma percepção concreta de destinação prisional. A grande maioria dos dados trazidos, que comparam raça, cor, etnia, gênero, faixa etária, e crimes aos quais os reclusos estão submetidos não são mero acaso. Estes fatores ensejam uma análise sociológica e possuem aspectos científicos de análise. Com isso, pudemos conhecer de forma mais concreta, apesar de não suficientemente aprofundada, a população carcerária, ao menos do Brasil, que foi utilizado como parâmetro para os dados carcerários.

Edwin Sutherland, sem ser sutil, contribuiu criminologicamente para diversos pontos deste capítulo. Enquanto se fala em irrecuperação sistemática, prisão enquanto controle social, punibilidade seletiva, dentre outros tópicos levantados, é difícil não lembrar da situação mais concreta para intrigar a manutenção do direito penal como ele é, os *White Collar Crimes*. Novamente fundamentações acerca da democracia foram trazidas, bem como do poderio dos nichos sociais privilegiados, exercidos sobre toda a política criminal existente.

Mas o principal objetivo deste capítulo foi trazer, ainda que introdutoriamente, questões aptas a intrigar o leitor. Este foi o início da desconstrução daquilo que, juridicamente, as legislações entendem por certo, e a sociedade entende por suficiente. A cultura punitiva do cárcere começa, no deslinde do que foi transcrito, a causar desconforto, que será fomentado de forma mais incisiva nos tópicos que virão antes da etapa conclusiva, ocasião em que alternativas serão abordadas. O que se espera é a evidente percepção de que as coisas continuam a caminhar erroneamente na política criminal contemporânea, e continuam por alguma razão.

4. CONSTRUÇÕES CRIMINOLÓGICAS INERENTES AO FRACASSADO SISTEMA PRISIONAL

É inevitável desconstruir as ideias pretendidas, como afirmação contida no final do capítulo anterior, mediante utilização de fundamentações criminológicas. Apesar de serem ideias desdobradas em épocas diferentes, com sistemáticas penais e prisionais mitigadas, ainda podem ser enquadradas na política criminal contemporânea.

A criminologia é de fundamental importância neste momento. Mais do que trazer argumentos teóricos para a sistemática penal ineficiente, responde inúmeras questões sobre a face oculta do controle da criminalidade, título, inclusive, desta produção científica.

É interessante se atentar para a quebra de paradigma no que diz respeito à criminalidade e ao sistema penal. Além da desconstrução do senso comum, retratar a importante funcionalidade – não declarada – como ciência do controle sociopenal e, neste sentido mantenedora do *status quo* social. Em geral, a ideologia etiológica de combate à criminalidade chega ao século XXI por razões fortemente políticas e não científicas. Estas, por sua vez, encontram séria problemática em transcorrer o ambiente acadêmico e adentrar às ruas¹⁴⁵. Isto não seria, nem de longe, uma abordagem inédita da questão prisional, mas diante de tamanha necessidade, este é um dos pontos centrais a serem tratados neste trabalho, mediante inclusive, amparo histórico da evolução desta ciência, a fim de elucidar as questões inerentes à política criminal.

Andrade e Figueiredo Dias¹⁴⁶ asseveram a importância do estudo:

A perspectiva histórica apresenta, por último, duas vantagens suplementares: pode, por um lado, constituir um antídoto eficaz contra a tentação da autossuficiência e do unilateralismo teórico e metodológico; e pode, por outro lado, avaliar a capacidade de progresso duma ciência que já foi qualificada de “rei sem reino”. É incontestável que sabemos cada vez mais coisas sobre o problema do crime, apesar de – talvez por isso mesmo – pretendermos necessitarmos de saber muito mais.

¹⁴⁵ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Sistema Penal Máximo x Cidadania Mínima: Códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 33-34.

¹⁴⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. ANDRADE, Manuel da Costa. Criminologia: O homem delinquente e a sociedade criminógena. 2ª reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 5.

Dito isto, a construção seguirá da criminologia positivista para o *labelling approach* e à sua maturação, a criminologia crítica. Neste caminho a ser percorrido, espera-se retratar com maior clareza as razões da inconsistência do sistema prisional e do controle da criminalidade permanecerem da maneira que são por tanto tempo, ao menos naquilo que transcende os livros e a esfera acadêmica.

4.1 PARADIGMA ETIOLÓCO: CRIMINALIDADE E SENSO COMUM

Essencialmente, existem duas matrizes fundamentais na conformação do paradigma etiológico da Criminologia. A antropologia criminal de C. Lombroso e a sociologia criminal de Enrico Ferri. Nestas bases, a criminologia é definida como uma ciência causal explicativa da criminalidade, ou seja, como um fenômeno natural. Indaga, essencialmente, o que o homem faz e o porquê de fazê-lo, diferentemente da escola clássica, que possuía outro objeto de estudo¹⁴⁷.

Sempre se questionou a legitimidade e o sentido da utilização das reações criminais, bem como representações difusas sobre as causas do crime, desde a escola clássica, que não possui maiores pretensões neste item. Mas foi, na verdade, a escola positiva foi que alcançou triunfo a ser tratado neste momento.

É de se acentuar a ideia de que esta escola não esgota o positivismo na criminologia. Afinal, pode-se considerar positivista toda investigação criminológica conduzida nas diretrizes teóricas e metodológicas do positivismo, neste caso, independente do conteúdo antropológico, sociológico ou psicológico das hipóteses¹⁴⁸.

Há divergências fundamentais entre as ideias dos principais autores adeptos desta escola. Isto pode ser racionalmente explicado haja vista que são oriundos de diferentes áreas do saber, e também em razão de seus currículos pessoais muito divergentes. Dai que o caminho do ex-médico militar Lombroso, se contrapõe ao homem público que foi Ferri. Enquanto aquele fez uma abordagem antropológica, Ferri contrapôs o peso das condicionantes sociológicas para as explicações pretendidas¹⁴⁹.

¹⁴⁷ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Sistema Penal Máximo x Cidadania Mínima: Códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 35.

¹⁴⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. ANDRADE, Manuel da Costa. Criminologia: O homem delinquente e a sociedade criminógena. 2ª reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 12.

¹⁴⁹ Ibid., p. 15.

Lombroso sustenta a tese do criminoso nato, de que seria possível identificar a causa do crime no próprio criminoso. Partia de um determinismo biológico e psíquico do crime, e valendo-se da experimentação e observação, se valeu de experimentos para comprovar sua hipótese. Inclusive com a ajuda de Ferri, confrontou grupos de não-criminosos com criminosos nos hospitais psiquiátricos e prisões da Itália. Tentou individualizar os criminosos e doentes apenados com anomalias anatômicas e fisiológicas, essencialmente. Os criminosos passariam a ser, então, uma espécie à parte do gênero humano, predestinada, por seu tipo, ao cometimento de delitos¹⁵⁰.

Posteriormente, revendo sua tese, acrescentou como causas da criminalidade a epilepsia e, a seguir, a loucura moral. Se valeu para tanto, do atavismo¹⁵¹, a fim de explicar a estrutura corporal e a criminalidade nata. O tríptico lombrosiano passou, então, a ser visto mediante os seguintes elementos: atavismo, epilepsia e loucura moral¹⁵².

Em desenvolvimento destes fundamentos, adentrando a uma perspectiva sociológica, Ferri elencou uma tríplice série de causas ligadas à etiologia do crime: individuais (orgânicas e psíquicas), físicas (ambiente telúrico) e sociais (ambiente social), ampliando a concepção lombrosiana de criminalidade. Assim, o crime não é decorrente do livre arbítrio, mas o resultado previsível destes fatores, determinantes para formar uma personalidade socialmente perigosa. Dai a tese fundamental de que ser criminoso é uma propriedade da pessoa, e distingue-se, por conseguinte, dos indivíduos “normais”¹⁵³.

Na lógica deste sistema, a negação do livre-arbítrio representa também a negação da responsabilidade moral, ao menos enquanto fundamento da responsabilização penal. Assim, não podendo a justiça penal se fundar em elementos de ordem moral, aquela não correria o risco de inocentar criminosos perigosos em prol da defesa social¹⁵⁴.

Mais do que isso, para Ferri¹⁵⁵, a responsabilidade penal derivaria da responsabilidade social, da seguinte forma:

¹⁵⁰ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Sistema Penal Máximo x Cidadania Mínima: Códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 36.

¹⁵¹ Reparção em um descendente de caracteres de um ascendente remoto e que permaneceram latentes por várias gerações.

¹⁵² Ibid., p. 36.

¹⁵³ Ibid., p. 37.

¹⁵⁴ ANDRADE, Vera Regina. A Ilusão de Segurança Jurídica: do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 67.

¹⁵⁵ FERRI, Henrique. Princípios de direito criminal. Tradução por Luiz Lemos D'Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1931, p. 241.

[...] o homem é sempre responsável de todo seu ato, somente porque e até que vive em sociedade. Vivendo em sociedade o homem recebe dela as vantagens da proteção e do auxílio para o desenvolvimento da própria personalidade física, intelectual e moral. Portanto deve também suportar-lhe as restrições e respectivas sanções, que asseguram o mínimo de disciplina social, sem o que não é possível nenhum consórcio civilizado.

E se o homem está, a partir do momento que inserido na sociedade, fatalmente determinado ao cometimento de delitos, a sociedade está, de igual forma, fadada a reagir de modo a garantir sua conservação. A pena representaria o meio de defesa social. Foi neste cenário circunstancial que emergiram os fundamentos da prevenção especial – tratada no segundo capítulo –, deixando de se atrelar ao aspecto da retribuição. Mas outro elemento deriva deste passo histórico, a atual crise do pensamento da ressocialização do delinquente como força principal do fim preventivo-especial da pena. Crise muito consistente na política criminal contemporânea, que tende para a eliminação da finalidade socializadora da pena, a fim de tê-la como uma pura retribuição fatural e objetiva¹⁵⁶, algo inadmissível do ponto de vista científico pretendido nesta abordagem.

Outra herança latente na contemporaneidade deste período, é que, além da construção de uma patologia criminal, a teoria vem acompanhada de um remédio de cura. O problema é que o modelo consensual de sociedade que opera atrás deste paradigma, é uma divisão assimétrica e maniqueísta, entre o bem e o mal, carente de amparos científicos legítimos. Este determinismo, por sua vez, vem ecoando ao longo do tempo, e produzindo, além de uma visão estereotipada do criminoso, associada aos perfis dos presidiários e aos baixos estratos sociais, um verdadeiro (pre)conceito sobre a criminalidade, superado cientificamente pelo *labelling approach*, mas não socialmente¹⁵⁷.

4.1.1 Labelling Approach: O rompimento científico do paradigma positivista

O eixo nuclear que impulsiona a desestruturação do paradigma tratado no item anterior e do *labelling approach*, desemboca no surgimento da Criminologia Crítica. Mas

¹⁵⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. ANDRADE, Manuel da Costa. Criminologia: O homem delinquente e a sociedade criminógena. 2ª reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 19.

¹⁵⁷ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Sistema Penal Máximo x Cidadania Mínima: Códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 38.

antes de abordá-la, é preciso indicar uma série de pontos que fomentaram o caminho desta troca de paradigmas, para uma negação da ideologia de “defesa social”¹⁵⁸.

O labelling approach foi modelado pelo interacionismo simbólico e pela etnometodologia para explicar a conduta humana. Parte de conceitos como “conduta desviada” e “reação social”, como termos interdependentes, para formular sua principal tese: “que o desvio e a criminalidade são uma qualidade intrínseca da conduta ou uma entidade ontológica pré-constituída à reação social e penal, mas uma qualidade (etiqueta) atribuída a determinados sujeitos através de complexos processos de interação social, isto é, de processos formais e informais de definição e seleção”¹⁵⁹.

Mas, por partes. Primeiramente, o interacionismo simbólico representa uma superação das concepções antropológicas e sociológicas anteriormente mencionadas. Isto ocorre porque, nesta linha, tenta evidenciar a impossibilidade de considerar a natureza humana ou a sociedade como estruturas imutáveis, o mesmo ocorrendo com a identidade pessoal, que deve ser encarada como um resultado dinâmico do processo de interação social¹⁶⁰. O comportamento humano é, por assim dizer, indissociável da interação social, e sua interpretação não pode se desvincular desta mediação.

Concernente ao segundo aspecto modelador – etnometodologia – a sociedade também não é uma realidade que se possa conhecer objetivamente. Esta seria, em verdade, o produto de uma construção social por parte dos indivíduos e grupos diversos. Construir a realidade social significaria, essencialmente, estudar estes processos, e assim, mais apropriado do que falar da criminalidade (e do criminoso) é falar da criminalização (e do criminalizado)¹⁶¹.

Há o desenvolvimento de três níveis explicativos no *labelling approach*. 1) um orientado para a investigação do impacto da atribuição do status de criminoso na identidade do desviante; 2) outro orientado para a investigação do processo de atribuição do *status* de criminoso; 3) e por fim, um nível orientado para a investigação do processo de

¹⁵⁸ _____. A Ilusão de Segurança Jurídica: do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 198.

¹⁵⁹ _____. Sistema Penal Máximo x Cidadania Mínima: Códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 40.

¹⁶⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. ANDRADE, Manuel da Costa. Criminologia: O homem delinquente e a sociedade criminógena. 2ª reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 345.

¹⁶¹ 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, p. 204.

definição da conduta desviada. Tudo isto conduz ao problema de distribuição do poder social, e desloca a investigação dos controlados para os controladores¹⁶².

Para compreender com precisão o processo de criminalização seletiva, o sistema penal precisa ser apresentado como uma continuidade. Nesta, é possível individualizar segmentos que transcorrem desde o legislador até as instâncias formais de controle. Assim, o processo de criminalização se integra à mecânica do controle social global da conduta desviada. É por isso que para compreender os efeitos concretos, é preciso ter em vista que tudo isso representa um subsistema encaixado em um sistema de controle e de seleção com maior amplitude, conforme tratado no capítulo 3¹⁶³.

O *labelling* também trouxe uma terminologia própria e nova, essencialmente necessária à dramaturgia. Dentre elas, a delinquência primária e a delinquência secundária merecem acentuação. Enquanto aquela é poligenética e devida a uma variedade de elementos culturais, psicológicos e sociológicos, a *deviance*¹⁶⁴ secundária seria uma resposta de defesa, ataque ou adaptação dos manifestos problemas criados pela reação social à delinquência primária¹⁶⁵.

Desta forma, a delinquência secundária seriam os problemas sociais gerados pelo próprio controle social, pela criminalização, punição e estigmatização dos indivíduos, que comprometem diretamente a socialização. O desviante secundário tem, portanto, a vida organizada e circunstanciada pelos fatos consequentes do desvio primário, é a pessoa inserida nas consequências da taxatividade criminosa.

Quadro explicativo, apresentado por Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade¹⁶⁶:

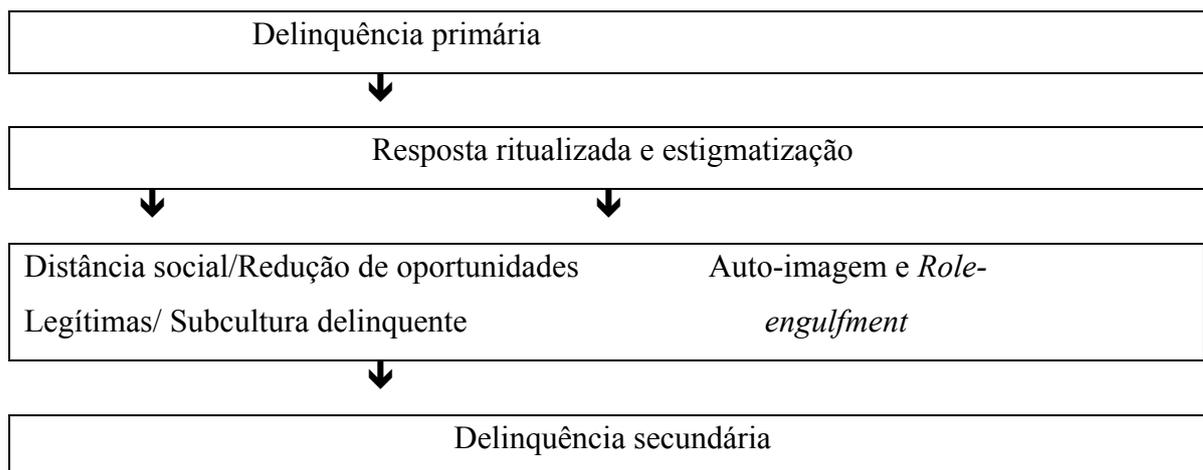
¹⁶² Id. Sistema Penal Máximo x Cidadania Mínima: Códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 45.

¹⁶³ Id. A Ilusão de Segurança Jurídica: do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 210

¹⁶⁴ Este é um conceito sociológico, e pode ser compreendido como a violação das expectativas da maioria dos membros duma sociedade (CF. DIAS, Jorge de Figueiredo. ANDRADE, Manuel da Costa. Criminologia: O homem delinquente e a sociedade criminógena. 2ª reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 73).

¹⁶⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. ANDRADE, Manuel da Costa. Criminologia: O homem delinquente e a sociedade criminógena. 2ª reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 350.

¹⁶⁶ Ibid., p. 353.



Para fins explicativos, a delinquência primária, produzida através dos processos de interação social, os quais criminalizam determinadas condutas seletivamente, produzem a resposta ritualizada e a estigmatização. Estas, são os mecanismos de controle da criminalidade, que ocasionam o rótulo de criminoso para o indivíduo desviante. Esta resposta ritualizada, através das instâncias formais de controle, produzem duas consequências múltiplas¹⁶⁷.

A primeira, potencializando a distância social com o delinquente, estreitando a possibilidade de oportunidades legítimas e induzindo a alternativa criminal de sobrevivência. De igual forma, cria uma subcultura relevante, na medida em que as oportunidades ilegítimas só se tornam possíveis com a solidariedade de grupos subculturalmente enquadrados. É nesta circunstância que o sistema penal mitiga, para pior, a cultura da vida no exterior das penitenciárias e socializa na forma subcultural da vida¹⁶⁸.

Em segundo lugar, no que concerne ao delinquente, provoca uma certa conformação. Diz-se isso, porque as expectativas estereotipadas pela sociedade, ou seja, a auto-representação como delinquente e o respectivo *role-engulfment*, será em muitos casos irreversível. Aliás, *role-engulfment* significa que o “papel de delinquente passou a assumir o primado na carreira do desviante, de forma que toda a sua experiência tendem a polarizar-se em torno deste papel”¹⁶⁹. Por fim, concretizada a delinquência secundária, fruto deste conjunto de fatores relacionados à criminalidade e ao criminoso.

¹⁶⁷ Ibid., p. 352.

¹⁶⁸ Ibid., p. 353.

¹⁶⁹ Ibid., p. 351 e 353.

A ruptura epistemológica e metodológica do *labelling approach* é clara. Especialmente ao abandonar o paradigma etiológico-determinista e substituir um modelo estático e descontínuo para uma abordagem do comportamento desviante que possui um modelo dinâmico, como retratado na tabela acima. Esta ruptura, enseja sobretudo, na desqualificação das estatísticas oficiais como mecanismo de acesso ao que chamavam de realidade criminal¹⁷⁰.

4.1.1.1 Consequências na seara científica e político-criminal

O *labelling approach* causou um alargamento considerável do que se tinha por criminologicamente relevante, percorrendo este campo até as instâncias formais de controle. Além disso, introduziu nova roupagem terminológica, novas técnicas de investigação, bem como novas variáveis criminógenas. Entretanto, do ponto de vista científico, sua maior contribuição foi a profunda revolução no pensamento político-criminal¹⁷¹.

Dois vertentes podem ser tratadas consequencialmente. Na primeira, o *labelling* assume aspecto claramente antideterminista. Neste caso, o indivíduo é visto como alguém que sofre a influência do papel que representa, das pessoas que interage e do cenário que o circunstancia, mas simultaneamente, também influencia todos estes fatores externos. Já em uma segunda vertente, mormente no estudo do impacto da reação institucional e da estigmatização, o *labelling* possui forte determinismo. Diz-se isso porque o delinquente é considerado mero objeto do sistema de controle. A trajetória da teoria, aliás, é exatamente esta, de substituição da ideia de ator para um papel socialmente construído, e de processo por estrutura sistemática¹⁷².

É correto dizer que a diferença entre esta teoria e o velho determinismo, anteriormente tratado, reside no fato de que aquele radica as causas das instâncias formais de controle. Pode até ser que a rigidez do *labelling* o torne inadequado à captação das fontes variáveis da criminalidade, e acabam por tornar aleatório o resultado final da

¹⁷⁰ 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, p. 212.

¹⁷¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. ANDRADE, Manuel da Costa. Criminologia: O homem delinquente e a sociedade criminógena. 2ª reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 355.

¹⁷² Ibid., p. 356.

deviance, mas este processo – de definição da *deviance* – é, em sua integralidade, conflitual de uma forma intrínseca, sendo as variáveis vistas com aceitável normalidade¹⁷³.

Já do ponto de vista político-criminal, assuma esta função ao problematizar a ação das instâncias formais de controle e as definições manipuladas e aplicadas por ela. Neste caso, as problemáticas que envolvem poder e legitimidade se misturam com as da interpretação sociológica. É por isto que com relação ao conteúdo e aos destinatários privilegiados da norma, pontos importantes da política criminal são levantados¹⁷⁴.

Mas propriamente ditos, são quatro tópicos de política criminal levantados pela teoria, com respaldo fortemente interacionista. A descriminalização, a não intervenção radical, *diversão* e *due process*. Sobre a descriminalização, apesar de receber forte apoio teórico do *labelling*, também transcende seus fundamentos, de forma que será aprofundado em item próprio. A não-intervenção radical expressa a necessidade de repensar o ordenamento jurídico-penal, haja vista o contexto de uma sociedade pluralista. A *diversão* consiste em uma forma moderada para alcançar os mesmos objetivos, na medida em que busca desviar os jovens do sistema penal que estigmatiza, mas também procura dar uma resposta às condutas antijurídicas, que também será pormenorizadamente tratada em momento póstumo. Por fim, o *due process*, que fomenta os valores de liberdade e responsabilidade, evidenciando os perigos dos processos judiciais informais, assegurando uma defesa eficaz aos delinquentes, e evitando a reprodução de instituições totais¹⁷⁵.

Tudo o que foi tratado acaba por desembocar na concepção de que a aplicação do Direito Penal não são interesses comuns à todos os cidadãos, mas tão somente dos grupos com poder de influir nos processos de criminalização. É por isso que, como já dito na anterior abordagem desta temática, a questão criminal passa a se difundir com uma questão política, e os alicerces da criminologia crítica passam a ser fundamentais.

4.2 CRIMINOLOGIA CRÍTICA

Quando se realiza abordagens acerca da criminologia crítica, coloca-se a construção de uma teoria materialista, ou seja, econômico-política, dos comportamento socialmente negativos, da criminalização e dos desvios. Este trabalho leva em conta,

¹⁷³ Ibid., p. 356-357.

¹⁷⁴ Ibid., p. 358-359.

¹⁷⁵ Ibid., p. 360-361.

inclusive, hipóteses elaboradas no âmbito do marxismo. É por isto que, no entendimento de Alessandro Baratta, o emprego destas hipóteses pode levar a criminologia crítica além dos limites que anteriormente encontrou, e permitir, parcialmente, uma reinterpretação dos seus resultados em um cenário mais correto¹⁷⁶.

Mas antes disso, alguns esclarecimentos. Esta fase de criminologia, em si, não é de fácil explicação, e se subdivide em muitos tópicos que não se apresentam em uma estrutura necessariamente homogênea. A grande maioria deles são derivados da contribuição do *labelling approach* e do etiquetamento social. Para alcançar seus fundamentos, trabalha perspectivas macrossociológicas ou microssociológicas, ou seja, questões inerentes à acumulação de riquezas para determinação da criminalidade, ou, no segundo caso, a rotulação dos indivíduos¹⁷⁷.

Na perspectiva da criminologia crítica, a criminalidade deixa de ser uma qualidade ontológica de determinados comportamentos e determinados indivíduos, passando a ser um *status* atribuído, mediante uma dupla seleção, a saber: 1) a seleção dos bens protegidos penalmente, bem como dos comportamentos que atentem contra estes bens; 2) a seleção dos indivíduos a serem estigmatizados dentre todos aqueles que praticam infrações de normas penais. Assim a criminalidade é vista como um bem negativo, distribuído de forma extremamente desigual em harmonia com os interesses do sistema socioeconômico e da desigualdade social¹⁷⁸.

São duas etapas principais que percorreram o caminho criminológico até a criminologia crítica. Primeiramente, o deslocamento do enfoque teórico do autor para as condições objetivas, funcionais e estruturais, originárias do fenômeno do desvio. Em segundo plano, a alteração do interesse cognoscitivo das causas do desvio, para os mecanismos sociais e institucionais onde se cria e aplica as definições do desvio criminal, e atuam diretamente no processo de criminalização¹⁷⁹.

Alessandro Baratta¹⁸⁰:

¹⁷⁶ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à sociologia do direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 6ª edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011, p. 160.

¹⁷⁷ 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, *passim*.

¹⁷⁸ BARATTA, Alessandro. *Op cit.*, p. 161.

¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 160.

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 161.

O momento crítico atinge a maturação na criminologia quando o enfoque macrossociológico se desloca do comportamento desviante para os mecanismos de controle social dele e, em particular, para o processo de criminalização. O direito penal não é considerado, nesta crítica, somente como sistema estático de normas, mas como sistema dinâmico de funções, no qual se podem distinguir três mecanismos analisáveis separadamente: o mecanismo da produção de normas (criminalização primária), o mecanismo da aplicação das normas, isto é, o processo penal, compreendendo a ação dos órgãos de investigação e culminando com o juízo (criminalização secundária) e, enfim, o mecanismo da execução da pena ou das medidas de segurança.

Para cada um destes mecanismos em particular, bem como para o processo de criminalização, análises teóricas conduziram a uma crítica contundente ao direito penal. Estas, negam de forma radical a utopia de que o direito penal é um direito dotado de igualdade, um dos alicerces fundamentais da ideologia penal da defesa social¹⁸¹. É neste momento que as funcionalidades atribuídas ao direito penal, à pena e a todo o processo de criminalização em si, tratados no capítulo dois, passam a sofrer considerável desestruturação.

Esta igualdade penal pode ser resumida em duas grandes proposições. Primeiramente, a de que o direito penal protege igualmente todos os cidadãos, contra ofensas aos bens juridicamente relevantes. Segundamente, de que a lei penal é igual para todos, ou seja, para o processo de criminalização, todos possuem as mesmas chances de se tornar sujeitos e com as mesmas consequências¹⁸².

Contrariando estes pilares legitimadores, os resultados da criminologia crítica dão um norte de contraste. Para este, o direito penal não defende todos os bens essenciais de interesse geral, estes são selecionados sabiamente, e quando pune, o faz com intensidade desigual, a depender do nicho social a que se destina. O *status* de criminoso é distribuído de modo desigual entre os indivíduos da sociedade, e o grau efetivo de tutela deste *status* independe da danosidade social das condutas típicas, estas, em verdade, não são o núcleo determinante da reação criminalizante¹⁸³.

¹⁸¹ Ibid., p. 162.

¹⁸² Ibid., p. 162.

¹⁸³ Ibid., p. 162.

4.2.1 O Marxismo como ponto de partida para a estruturação social criminógena

Como anunciado no início deste item, as hipóteses e contribuições trazidas pelo marxismo à criminologia permitem uma maior compreensão dos resultados alcançados, e até mesmo uma reinterpretação. Por isso, antes de se iniciar algumas discussões de extrema relevância para o entendimento do sistema prisional e da sistemática penal contemporânea, é historicamente válido a utilização de noções introdutórias marxistas, mormente para vincular as referidas à criminologia crítica.

Ao se falar que a nova teoria do desvio recebeu influências marxistas, de modo algum quer-se dizer que é uma teoria marxista. A entrada de Marx na criminologia se produz de forma gradual e lenta, e não pode sequer ser considerada completa.

De acordo com Marx, o que se permanece na sociedade ao longo do tempo é a economia. A economia compreende as forças produtivas, compostas por instrumentos de produção, matérias primas e trabalho humano. Nas relações capitalistas, as relações de produção englobam, essencialmente, a propriedade privada e os meios de produção do trabalho assalariado¹⁸⁴.

Neste gênero de organização social, por certo alguns detêm a propriedade privada dos meios de produção, e conseqüentemente, a forma como a produção será realizada. A produção do que Marx conceituou como “mais-valia” é sempre fomentada pelo detentor dos meios, e explorada através do obreiro, em situação claramente desgastante. Neste sentido: “Estas condiciones en las que se desarrolla la producción capitalista son alienantes. Ello significa que en su trabajo no se afirma sino que se niega, no se siente feliz sino infeliz, no desarrolla libremente su energía física y mental sino que mortifica su cuerpo y arruina su mente”¹⁸⁵.

Esta alienação, aliás, haja vista as condições que a produção é realizada nas sociedades capitalistas, significa que o obreiro nunca experimenta o produto final como parte do seu trabalho. Ou seja, não possui controle algum do processo, não introduz modificações e nem detém a capacidade para variar o resultado alcançado¹⁸⁶.

¹⁸⁴ LARRAURI, Elena. La Herancia de la Criminología Crítica. 2ª edición. Siglo Madrid (ESP): Veintiuno de España Editores, 2000, p. 55.

¹⁸⁵ MARX, cit. por Elster, 1987, p. 74, e novamente cit. por Elena Larrauri, 2000, p. 56.

¹⁸⁶ LARRAURI, Elena. La Herancia de la Criminología Crítica. 2ª edición. Siglo Madrid (ESP): Veintiuno de España Editores, 2000, p. 56.

Outra característica muito importante é referente ao processo de mercantilização. O mesmo acaba por ignorar o fato de que todo produto está vinculado ao trabalho humano e à uma relação social. Quando os produtos do trabalho se transformam em mercancia, as relações decorrentes disso são como relações entre objetos. O exemplo mais clássico é o dinheiro, o dinheiro em si é um papel, não possui valor, valor, por sua vez, deveria ser considerado como aquele que provém das relações sociais por trás do dinheiro¹⁸⁷.

Estas características da produção capitalista permitem retratar uma alienação social. E esta alienação social produz essencialmente, duas coisas. A primeira é a infelicidade dos trabalhadores. A segunda, é a necessidade dos proprietários dos meios de produção em manter a organização social desta forma, mantendo o acúmulo de riqueza junto deles¹⁸⁸.

Portanto, um aspecto da crítica marxista ao direito é este, relativo à distribuição. A desigualdade substancial se expressa através do acesso desigual aos meios de satisfação das necessidades. A igualdade formal dos sujeitos de direito se revela como um veículo da desigualdade substancial¹⁸⁹.

E é por isso que, nas palavras de Alessandro Baratta¹⁹⁰:

A superação do direito desigual burguês pode ocorrer, portanto, somente em uma fase mais avançada da sociedade socialista, na qual o sistema da distribuição será regulado não mais pela lei do valor, não mais pela quantidade de trabalho prestado, mas pela necessidade individual.

Prosseguindo com a questão marxista para construção de uma tese criminológica, alguns pontos importantes são destacados. 1) A sociedade é governada por uma classe dominante. 2) Os interesses desta classe são fomentados pelo direito penal, que defendem os interesses da referida classe. 3) Os órgãos repressivos do estado, igualmente, protegem os interesses de classe através da criação de uma falsa consciência e da coerção. 4) O delito é, fundamentalmente, o resultado da luta entre os que possuem poder e os que carecem dele, e as sanções também se aplicam desproporcionalmente às classes sociais inferiores¹⁹¹.

¹⁸⁷ Ibid, p. 56.

¹⁸⁸ Ibid., p. 57.

¹⁸⁹ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à sociologia do direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 6ª edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011, p. 163.

¹⁹⁰ Ibid., p. 164.

¹⁹¹ LARRAURI, Elena. *La Herancia de la Criminologia Crítica*. 2ª edición. Siglo Madrid (ESP): Veintiuno de España Editores, 2000, p. 118.

Estes quatro itens, apesar de serem levantamentos com extrema complexidade e profundidade, já podem ser concluídos ou ao menos questionados nesta etapa da produção científica. Por tudo o que foi retratado nos capítulos anteriores, e principalmente neste, a realidade prisional brasileira, bem como a portuguesa, demonstra uma faceta popularmente oculta do direito penal. É um dos pontos-chaves do objetivo deste trabalho, e será melhor desdobrado daqui até a sua conclusão.

4.2.2 Desigualdade estrutural do sistema penal

O sistema penal de controle releva a contradição essencial entre igualdade formal dos sujeitos de direitos e desigualdade substancial dos indivíduos. Para fazer valer o expressionismo desta desigualdade, o sistema se manifesta através da chance de definir e controlar determinados indivíduos como desviantes. Mas para vislumbrar tal faceta, é preciso um verdadeiro aprofundamento na questão da desigualdade, mormente porque deve envolver, nesta questão, todo o processo de criminalização, e conseqüentemente, o aspecto estrutural da formação econômica em determinadas áreas e sociedades¹⁹².

Vimos em um primeiro momento, quando da análise dos aspectos legitimadores do direito penal, de criminalizar condutas e impor penas, que a tutela era exercida sobre bens jurídicos. Entretanto, neste momento, o direito penal perde a ingênua justificação baseada na natureza das coisas, e se torna um objeto de controle propriamente dito. Estas justificações, afinal, são uma ideologia que oculta o fato de que a imposição de sanções e a sistemática penal tendem a privilegiar os interesses das classes dominantes. Além disso, fomentam a imunização, nos processos de criminalização, das condutas altamente lesivas cometidas pelas classes com privilégios, e ligadas funcionalmente à existência da acumulação capitalista¹⁹³.

Os maiores prejudicados deste funcionalismo penal são as classes subalternas, destinatários, em sua maçante maioria, da existência de normas repressivas. Quiçá, a palavra existência merece cautela neste caso. Não quer-se dizer que as classes privilegiadas não sejam, também, destinatárias de normas penais. O problema é que a sistemática que

¹⁹² BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à sociologia do direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 6ª edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011, p. 164.

¹⁹³ *Ibid.*, p. 165.

envolve o direito penal, a penalização, as instâncias formais de controle, a prisionização, dentre outras questões, levam a um verdadeiro vácuo de responsabilização.

As maiores chances de ser selecionado para integrar a população criminosa são concentradas nos níveis mais baixos da escala social. A posição precária no mercado de trabalho, na socialização familiar e na escola são fatores de grande relevância. Em boa parte da criminologia liberal, e também na positivista, estas são indicadas como causas da criminalidade¹⁹⁴.

Mas aprofundando ainda mais a relação entre o direito penal e a desigualdade conduzida por ele, não apenas as normas se formam e se aplicam seletivamente. Em verdade, o direito penal também exerce função ativa, produzindo e reproduzindo, com respeito às relações de desigualdade. O que se quer dizer com isso, é que a aplicação das sanções estigmatizantes, e especialmente o cárcere, são elementos fundamentais para a manutenção da escala vertical da sociedade. Estes elementos, acompanhados de outras circunstâncias, atuam de modo a impedir a ascensão social dos subalternos. Além disso, concernente à função simbólica, também servem, como já dito, de faceta para cobrir um número mais amplo de comportamentos ilegais, imunes ao processo de criminalização¹⁹⁵.

É por isto que a lei penal configura apenas um marco abstrato, principalmente porque os agentes de controle formal, os aplicadores legais, possuem amplo poder de discricionariedade para novamente fomentar a função seletiva. É muito errôneo pensar que, detectado um comportamento delitivo, o seu autor automaticamente resultará etiquetado. Este processo envolve questões mais complexas. Entre a mencionada seleção abstrata – legal – e a seleção efetiva operada nas instâncias de criminalização, há um complexo e dinâmico processo¹⁹⁶.

É por isto que a polícia, o Ministério Público e os juizes, que deveriam se ater à programação legal, em sua atuação prática, não se desvinculam das peculiares concepções acerca da linha tênue entre aquilo que, socialmente falando, se entende por conduta delitiva ou não-delitiva¹⁹⁷. Adentra-se, portanto, em um tópico relativo às instâncias formais de controle.

¹⁹⁴ Ibid., p. 165.

¹⁹⁵ Ibid., p. 166.

¹⁹⁶ 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, p. 260.

¹⁹⁷ Ibid., p. 261.

4.2.3 As instâncias formais de controle

O estudo criminológico da reação social ao crime, mesmo enquanto envolvente na criminológica crítica, deve reservar espaço para abordar as instâncias formais de controle. Apesar destas ideias caracterizarem momento criminológico a ser superado, existe um prolongamento destes fundamentos para a criminológica crítica. As instâncias formais, em si, se estendem desde a produção legislativa, até aquelas incumbidas da aplicação legal e da execução da sanção, mas a sua utilização neste momento, diz respeito ao aspecto que fomenta a desestruturação da igualdade no sistema penal.

4.2.3.1 A polícia

Como primeiro ponto, a polícia exerce importância significativa no papel de seleção da criminalidade. É, essencialmente, o símbolo mais visível das instâncias formais de controle. Ela inicia a sua atuação com leigos, ou seja, à margem da vigilância dos demais intervenientes processuais do funil da criminalização. Por conseguinte, ela reduz drasticamente as alternativas na medida em que se abdita das demais instâncias formais. Explicando, é a polícia que toma a maior parte das decisões políticas, pois ela é o caminho de entrada para a sistemática penal, função questionável no aspecto da legitimidade, que certamente auxilia a promoção de um direito penal desigual estruturalmente¹⁹⁸.

Existe, portanto, uma verdadeira discricionariedade policial. Esta discricionariedade, infelizmente, há muitos anos resguarda uma vertente relevante sobre as cifras negras decorrentes da atividade policial, como já superficialmente abordado em momento anterior. Fato é que este poder pode, e normalmente é exercido com grande desigualdade. Como exemplo, pode partir à descoberta e detenção de delinquentes, ou simplesmente aguardar a prova lhe ser oferecida. Pode, ainda, ignorar uma atividade ilícita, salvo quando associada a certos fatores, é o que acontece quando se abdica de abordar partidas semanais de *poker* nas zonas urbanas privilegiadas, mas se detém por uma banca de cartas em bairro pobre habitados por negros. É neste sentido que se fala na

¹⁹⁸DIAS, Jorge de Figueiredo. ANDRADE, Manuel da Costa. Criminologia: O homem delinquente e a sociedade criminógena. 2ª reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 443.

discricionariedade em sentido sociológico da polícia, pois existe uma possibilidade socialmente pré-estruturada de definição das mais diversas situações¹⁹⁹.

Mas existem variáveis desta discricionariedade, trazidas até aqui por Manuel da Costa Andrade e Jorge de Figueiredo Dias, que se expressam através de conexões com as condições institucionais e sociais. Fazendo referência sumária às variáveis mencionadas, a primeira a ser apontada é a gravidade da infração.

Estudos empíricos demonstram que quanto maior a gravidade infracional, maior a possibilidade da polícia esclarecer e processar formalmente determinada situação. Parece bom, mas o maior problema desta questão é que a “gravidade”, especialmente na perspectiva policial, sofre extrema influência sociológica. É por isso que a gravidade social representada aos policiais pode não ser a mesma representada a um juiz²⁰⁰. Como exemplo, podemos pensar nos já mencionados crimes de colarinho branco. A polícia, por certo atenta seus olhos contra os crimes dos marginalizados, mas não vislumbra gravidade nos crimes alçados por terno e gravata.

A atitude do denunciante é a segunda variável. Aqueles fatos noticiados ao aparato policial, mas que em razão normalmente da vítima – que deixa de demonstrar interesse em um processamento regular – recebe o descaso sistemático e consequencial da polícia. Esta é uma forte tendência quando o crime envolve uma relação de grande privacidade ou proximidade moral, onde ambos – autor e denunciante – têm interesses divergentes da polícia, e buscam uma solução unilateral, alheia às instâncias formais de controle²⁰¹.

A atitude do suspeito vem como uma terceira variável. Como a atitude policial, via de regra, é circunstanciada por uma interação social, a atitude do suspeito acaba por ser determinante na condução legal da situação. O que se sabe, é que a polícia tende a ser compreensiva com suspeitos que demonstrem respeito e humildade, por exemplo. Em sentido contrário, suspeitos que adotam atitude contrária não recebem o mesmo tratamento, mormente porque os policiais possuem séria preocupação com o desafio à sua autoridade²⁰².

¹⁹⁹ Ibid., p. 446.

²⁰⁰ Ibid., p. 455.

²⁰¹ Ibid., p. 455.

²⁰² Ibid., p. 457.

A relação da polícia com as outras instâncias formais de controle representa, também, uma variável. Diferentemente do Ministério Público e do tribunal, por exemplo, a inserção econômica, social e cultural dos policiais expressam uma rigidez acentuada de valores. Não há relevante comunicação entre a polícia e as demais instâncias formais, e talvez por isso a linha nada tênue entre as interpretações destas instituições no que concerne à lei e à gravidade dos delitos. Já no plano institucional propriamente dito, o tribunal possui ligeira vantagem, pois pode controlar, de certa forma, a atividade policial. Isto não quer dizer, entretanto, que a polícia não encaminhe a solução dos conflitos, muitas vezes para situações informais. Este desalinhamento entre as instâncias formais de controle mitiga a harmonia da sistemática penal, e fomenta a desigualdade de tratamento²⁰³.

O que é e o que faz (ou deve fazer) a polícia remete para três alicerces, aplicar a lei, manter a ordem e prestar serviços. Por certo que a maior parte da demanda policial se refere a manter a ordem e prestar serviços, enquanto a aplicação legal fica em segundo plano estatístico. Estas tarefas, na visão de Manuel da Costa Andrade e Jorge de Figueiredo Dias, entretanto, se revelam incompatíveis na prática. A manutenção da ordem, por exemplo, em muitas ocasiões só é possível com o sacrifício da aplicação legal, e o mesmo vale para a prestação de serviços²⁰⁴.

É este conflito funcional da sociedade moderna que enraíza o distanciamento entre a sociedade e a polícia. A polícia explana uma imagem de contradição perante a comunidade, e possui um quadro de expectativas irreconciliáveis. A busca pela eficiência acabar por tornar o instituto policial algo que frequentemente viola os direitos dos suspeitos, daí o porquê das contraditórias finalidades policiais²⁰⁵.

Para findar a questão, um último levantamento precisa ser feito. É que a mencionada imagem de eficiência, porque esta, possui como pressuposto a ideia de esclarecimento das infrações. É por isso que um grave problema ocorre nesta instância formal de controle. Enquanto órgão investigativo principalmente, a criminalidade pode se converter em mera mercadoria de troca. Diz-se isso porque reduzindo o número de crimes conhecidos, ou seja, tendo por infundados os casos que aparentemente não terão solução, a

²⁰³ Ibid., p. 457-458

²⁰⁴ Ibid., p. 463.

²⁰⁵ Ibid., *passim*.

eficiência aumenta estatisticamente, mas a cifra negra é fomentada, mormente porque o fracasso é evitado, até mesmo com a desídia de não tentar²⁰⁶.

Sobre o assunto, Eugenio Raúl Zaffaroni²⁰⁷ “[...] o certo é que a estatística criminal não informa quase nada a respeito da chamada “criminalidade real”, mas proporciona dados bem precisos sobre a magnitude e qualidade da criminalização”. Neste caminho, é possível concluir que há uma dispare relação entre a criminalidade real e a criminalidade formalmente concebida, e a atividade policial de investigação, manutenção da ordem e controle é a porta de entrada das cifras negras.

4.2.3.2 O Ministério Público

Ao Ministério Público, no sistema jurídico português, cabível a função de deduzir a acusação ou ordenar o arquivamento do processo penal. A sua notável importância enquanto instância formal de controle é de ser o portão de entrada da atividade jurisdicional de resposta ao delito.

Entretanto, antes de qualquer coisa, é importante dizer que o Ministério Público comporta uma pluralidade de estatutos jurídicos e sociológicos ao redor do mundo. Por isto que, do ponto de vista sociológico e criminológico nesta produção, para os fins pretendidos, não haverá muito aprofundamento de conteúdo neste momento. Estas diferenças substanciais demandam um estudo complexo sobre os diversos sistemas que circunstanciam este órgão. É claro que, a menção de alguns é imprescindível para os fins de retratar a desigualdade seletiva da sistemática penal.

Os ordenamentos jurídicos atuais, especialmente na América, a exemplificar com ênfase aquele presente nos Estados Unidos, concede ao Ministério Público um papel de protagonista no cenário criminal. Isto ocorre porque, tendencialmente, a maior parte das condenações são obtidas mediante negociações em que o Ministério Público participa, à margem do controle do tribunal, ao qual resta apenas a homologação dos resultados²⁰⁸. É claro que no Brasil, por exemplo, a situação ainda é um pouco diferente, e esta

²⁰⁶ Ibid., p. 466.

²⁰⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina (segundo informe)*. Buenos Aires: Depalma, 1984, p. 91.

²⁰⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: O homem delinquente e a sociedade criminógena*. 2ª reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 443.

discricionariedade de atuação por parte do Ministério Público é um pouco mais limitada, o mesmo ocorre em Portugal.

De igual forma, apesar de não contarem com um estatuto semelhante ao norte-americano, o Ministério Público brasileiro e português, que se assemelham ao tipo francês, possuem vários aspectos em comum, que são, inclusive, expressionismos desta liberdade de atuação. As novas tendências do processo penal, aliás, caminham para conceder, cada vez mais, estas possibilidades. Isto não quer dizer, de qualquer modo, que existe uma linha tênue com o a atuação da promotoria mencionada no parágrafo anterior, pelo contrário, entre estes dois extremos, existe um caminho muito longo.

Em Portugal, um grande exemplo a ser citado é a mitigação do princípio da legalidade e a utilização, por este órgão, da oportunidade. Os institutos utilizados na resolução consensual do conflito penal são de fundamental importância, pois asseguram uma aproximação concreta entre as partes, quais sejam, representante do Ministério Público e o arguido. Esta aproximação tende para uma humanização da sistemática processual, que parece, ao menos *prima facie*, atender as expectativas da política criminal contemporânea.

Mas será que a mencionada aproximação simboliza um avanço processual ou uma forma ainda mais desigual de concluir a persecução penal, afrontando a legalidade e a democracia?

O Código de Processo Penal Português impõe dois deveres substanciais relacionados à legalidade e à atuação do Ministério Público. O primeiro²⁰⁹ deles é o dever de iniciar o inquérito sempre que houver notícia de um crime. O segundo²¹⁰, de deduzir acusação sempre que haja indícios suficientes da autoria delitiva, como já afirmado introdutoriamente.

Em contrapartida, temos a oportunidade. A terminologia provém do latim *opportunitate*, que significa conveniência, ensejo, ocasião favorável²¹¹. O significado em si pode gerar uma incompatibilidade com a inflexibilidade das normas jurídicas, ao menos enquanto estas estejam em vigor, haja vista a possibilidade de transformação normativa com as necessárias formalidades²¹². Ou seja, *prima facie*, leva a crer que o exercício da

²⁰⁹ Disposição do artigo 262 do Código de Processo Penal Português.

²¹⁰ Disposição do artigo 283, n. 1, do Código de Processo Penal Português.

²¹¹ Cf. Moderno Dicionário da Língua Portuguesa, tomo II, p. 397.

²¹² CALADO, António Marcos Ferreira. Legalidade e Oportunidade na Investigação Criminal. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 43.

oportunidade estaria em desarmonia com o ordenamento jurídico e as regras democráticas de respeito à legalidade. Talvez não seja exatamente isso, mas de qualquer forma, é para estar atento quanto à seleção criminal realizada, também, nesta instância formal de controle.

A mais significativa manifestação concreta da oportunidade, introduzida pelo Código de Processo Penal²¹³ na ordem jurídica portuguesa, é a suspensão condicional do processo. Consiste em um acordo entre o representante do Ministério Público, o arguido, o assistente e o juiz de instrução. Trata-se de um acordo relativo à ilicitude, culpa e exigências de prevenção de baixa intensidade, daí porque a adequação da baixa criminalidade à presente manifestação de consenso²¹⁴.

Na suspensão condicional do processo estamos diante de um meio termo entre a acusação e o arquivamento. É tangível a quebra de paradigma do direito penal absoluto, onde a persecução penal deveria ser exercida contra todos aqueles que chegassem às instâncias formais de controle. É de extremo interesse ao Estado, pois alivia o sistema de justiça, e ao infrator, por evitar o rótulo de criminoso e o sistema prisional. Esta relativização possui incontestável relevância para a justiça penal contemporânea.

Outro momento em que o princípio da oportunidade é colocado em pauta é o arquivamento do processo em caso de dispensa de pena. Para a incidência deste instituto, a lei prevê expressamente os seus pressupostos, contidos no artigo 74 do Código Penal²¹⁵.

²¹³ Artigo 281 Suspensão provisória do processo. 1 - Se o crime for punível com pena de prisão não superior a 5 anos ou com sanção diferente da prisão, o Ministério Público, oficiosamente ou a requerimento do arguido ou do assistente, determina, com a concordância do juiz de instrução, a suspensão do processo, mediante a imposição ao arguido de injunções e regras de conduta, sempre que se verificarem os seguintes pressupostos:

- a) Concordância do arguido e do assistente;
- b) Ausência de condenação anterior por crime da mesma natureza;
- c) Ausência de aplicação anterior de suspensão provisória de processo por crime da mesma natureza;
- d) Não haver lugar a medida de segurança de internamento;
- e) Ausência de um grau de culpa elevado; e
- f) Ser de prever que o cumprimento das injunções e regras de conduta responda suficientemente às exigências de prevenção que no caso se façam sentir.

²¹⁴ TEIXEIRA, Carlos Adérito. Princípio da Oportunidade: Manifestações em sede processo penal e sua conformação jurídico-constitucional. Coimbra: Editora Almedina, 2006, p. 41.

²¹⁵ Artigo 74º Dispensa de Pena.

1 - Quando o crime for punível com pena de prisão não superior a seis meses, ou só com multa não superior a 120 dias, pode o tribunal declarar o réu culpado mas não aplicar qualquer pena se:

- a) A ilicitude do facto e a culpa do agente forem diminutas;
- b) O dano tiver sido reparado; e
- c) À dispensa de pena se não opuserem razões de prevenção.

2 - Se o juiz tiver razões para crer que a reparação do dano está em vias de se verificar, pode adiar a sentença para reapreciação do caso dentro de um ano, em dia que logo marcará.

3 - Quando uma outra norma admitir, com carácter facultativo, a dispensa de pena, esta só tem lugar se no

Além dos requisitos legais, é imprescindível a concordância do juiz, se ocorrido na fase de inquérito, e a concordância do Ministério Público e do arguido, se ocorrido na fase de instrução²¹⁶.

O processo sumaríssimo também é visto como uma manifestação da oportunidade. Conforme contido no preâmbulo do Código de Processo Penal, o processo sumaríssimo corresponde a uma “forma especial de processo, destinado ao controlo da pequena criminalidade em termos de eficácia e celeridade, sem os custos de uma estigmatização e de um aprofundamento da conflitualidade no contexto de uma audiência formal”.

Nesta seara, o êxito da iniciativa exige a anuência do arguido, além das intervenções do juiz e do Ministério Público. Desta forma, o processo sumaríssimo possui caráter jurisdicional, consensual e facultativo. Jurisdicional porque o juiz precisa confirmar a decisão, acrescentando a condenação em custas. Consensual porque implica em um acordo entre as partes processuais. E, por fim, facultativo porque depende da iniciativa do Ministério Público com base em uma motivação a ser formulada para justificar a opção do processo sumaríssimo – eis a oportunidade²¹⁷.

A mediação penal é o último expressionismo da oportunidade. É um instituto que surgiu, no âmbito de aplicação para adultos, somente em junho de 2007, através da Lei nº 21/2007. O envio do processo para a mediação penal se delimita à fase de inquérito. A iniciativa e a validação do acordo pertencem ao magistrado do Ministério Público, que possui a discricionariedade de traslar o processo judicial para a via da mediação penal. Entretanto, para que o processo se finde, é imprescindível a aprovação do judiciário e o consentimento das partes²¹⁸.

Também pode ser reconhecida que a oportunidade, no sistema jurídico Português, é uma oportunidade regrada, pois assegura algumas amarras legislativas importantes, muito mais, aliás, do que a oportunidade eventualmente exercida no sistema norte-americano. O ponto central destes levantamentos é, através do exemplo da oportunidade, expressar a capacidade concreta de relativização da justiça penal enquanto na atuação do

caso se verificarem os requisitos contidos nas alíneas do n.º 1.

²¹⁶ TEIXEIRA, Carlos Adérito. *Princípio da Oportunidade: Manifestações em sede processo penal e sua conformação jurídico-constitucional*. Coimbra: Editora Almedina, 2006, p. 43.

²¹⁷ *Ibid.*, p. 45.

²¹⁸ COSTA, Sónia. *A mediação Penal em Portugal: Do debate à implementação*. 2012, p. 5. *Paper* disponível em: http://www.aps.pt/vii_congresso/papers/finais/PAP1162_ed.pdf, acessado em 02 de junho de 2016.

Ministério Público, e findar este tópico com a certeza de que, apesar das possibilidades legislativas, o processo penal sofre influência sociológicas e conceituais nas possibilidades de mediação penal ou alternativas de solução do processo penal sem o transcurso completo do sistema de justiça.

4.2.3.3 O Juiz e o Tribunal

Na última instância formal de controle presente no funil da formação da criminalidade, caminha-se para mais uma análise tendente a concretizar, como um todo e em sentido definitivo, uma sistemática seletiva na persecução criminal. Dois pontos são de grande magnitude nesta análise, primeiramente, a identificação das variáveis que determinam as decisões de um tribunal, por conseguinte, a sua integração nas hipóteses de explicação, dentro do alcance das propostas científicas.

Um rumo específico será tomado neste momento. É que existe um número muito grande de decisões que os tribunais precisam tomar para a fixação dos fatos, sua valoração e qualificação jurídico-criminal. Entretanto, é sobretudo através das decisões de escolha e determinação da medida da pena que se exprime a intervenção do tribunal o processo de criminalização secundária e de seleção. É sobre estas que a questão se paira²¹⁹.

Outra problemática preliminar pode ser elencada. Um estudo da seleção operada pelo tribunal, não pode deixar de conceber um estudo diferenciado em razão dos diferentes gêneros de tribunal. Afinal, pode se tratar de um juiz individual, um tribunal coletivo, juízes togados ou leigos, tribunais de adultos ou de menores, dentre outros exemplos. É por esta razão que, diante da impossibilidade de se tratar exaustivamente todas as especificidades, os conteúdos serão levantados de forma abstrata e generalizada, mas suficientemente capazes de oferecer as finalidades propostas inicialmente²²⁰.

Primordialmente, o aspecto democrático do papel do juiz e do tribunal merece ser abordado, a fim de retratar a importância da sua funcionalidade. Para tanto, alguns desdobramentos democráticos precisam ser feitos, englobando, neste caso, aspectos históricos.

²¹⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: O homem delinquente e a sociedade criminógena*. 2ª reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 501.

²²⁰ *Ibid.*, p. 503.

Essencialmente, existem três espécies de democracia. A primeira é a democracia como proteção, pois somente democraticamente é que os governados poderiam possuir uma proteção concreta contra a opressão do Estado. A igualdade nesta perspectiva ficaria em um segundo plano, pois causaria grave descontentamento daqueles que produzem mais, em relação aos que produzem menos. Os alicerces deste modelo seriam efetivamente a proteção da economia de mercado em contextos liberais, bem como a proteção dos cidadãos contra a ganância governamental²²¹.

O segundo modelo é o da democracia como desenvolvimento. Além da função protetora, passou a ser necessária uma forma de organização que contribuísse ao desenvolvimento das capacidades pessoais. Nesta perspectiva, o voto é de fundamental importância, pois é a representação do interesse político, procurando razões para fomentar as escolhas e as opiniões populares. Esta concepção pretendia valorizar e desvalorizar o voto de acordo com o contexto social e intelectual que o indivíduo estaria inserido²²². O interesse de retratar este modelo é tecer considerações acerca da importância da participação popular na formação do poder legislativo.

Por fim, o terceiro modelo é o da democracia como equilíbrio. Nesta perspectiva a sociedade já passa a ser vista como sistemática de indivíduos com múltiplos valores e interesses. O equilíbrio seria referente à oferta e demanda das mercadorias políticas. Temos aqui uma perspectiva mais processual, abandonando o plano empírico em virtude da subjetividade ao ditar fundamentos e objetivos. A democracia seria apenas um mecanismo para escolha do governo. É a participação popular na ordem social que contribui para o aperfeiçoamento da democracia²²³.

Feitas estas considerações e absorvendo o que de melhor há nas três concepções, democraticamente falando, é importante que a ordem social e jurídica atendam alguns aspectos, especialmente a atuação dos juízes e dos tribunais. A proteção dos indivíduos contra os excessos estatais²²⁴, a participação popular na ordem a que se submeterá posteriormente, seja de forma direta ou indireta, e a representatividade do voto na seara social e jurídica, mormente com a eleição dos membros do poder legislativo. Estes três

²²¹ VENÉRIO, Carlos Magno Spricigo. A concepção de democracia de Hans Kelsen: relativismo ético, positivismo jurídico e reforma política. Criciúma: UNESC, 2010, p. 49-50.

²²² Ibid., p. 52-53.

²²³ Ibid., p. 56.

²²⁴ Consubstanciada no assunto tratado especialmente pela legalidade.

pontos desdobram concepções democráticas distintas, mas com considerável importância para o tema proposto.

É por esta razão que a legislação penal não deve ser vista apenas como um mecanismo de imposição de sanções da ordem social para o cidadão individual. As leis penais também precisam ser vistas como um mecanismo de proteção da pessoa – enquanto agente individual – contra abusos estatais e sociais. Neste panorama, é importante que algumas formalidades sejam respeitadas, em especial as legislativas, formadas através de um processo democrático complexo.

Assim, os juízes deveriam ter suas ações alicerçadas, sempre, por um pilar plenamente pré-programado. Na definição dos fatos, por exemplo, o tribunal se move no limite da verdade material, já que respeita a valoração jurídica que se limita a extrair. É justamente esta ação jurisdicional pré-programada que concede à justiça legitimidade, especialmente se analisada diante dos argumentos acima levantados, originários de um Estado-de-Direito²²⁵.

Mas esta é uma ideia distante de ser consistente. A proibição de provas em desarmonia com o ordenamento jurídico dão ensejo a procura de uma verdade que, haja vista a necessária validade processual, pode se afastar significativamente da verdade absoluta ou ontológica. A valoração da prova, continuamente, aliada à livre convicção do juiz, acabam por se aproveitar de certos díspares legislativos, e em certas ocasiões, contam até mesmo com um atropelamento legal, para fazer relativizar a aplicação legal²²⁶.

Apesar da dependência da decisão jurisdicional à esta programação prévia do legislador, o resultado final do processo se demonstra quase sempre incerto e indeterminado. Esta diferenciação aumenta as dificuldades de decisão e priva o processo de muitas formas de simplificação. O que acontece é que, nem mesmo a experiência social e pessoal do aplicador legal consegue ser anulada legalmente. O sistema, na verdade, está tão aberto às alternativas, que acaba por ser extremamente suscetível de desenvolver as técnicas de seleção da criminalidade, já implantadas no âmago pessoal daquele que conduz a norma²²⁷.

²²⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: O homem delinquente e a sociedade criminógena*. 2ª reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 504-505.

²²⁶ *Ibid.*, p. 506.

²²⁷ *Ibid.*, p. 507.

Em contrapartida, muitas vezes um processo pode acabar na utilização latente de simplificações formalmente ilegais, e conseqüentemente antidemocráticas. Por estas razões é que a construção de fatos em um tribunal é uma atividade construtiva e sujeita, a todo tempo, aos fatores extrajurídicos, e ainda que inconscientemente, são determinantes²²⁸.

Até pode ser que algumas peculiaridades sejam inerentes ao tribunal, especialmente porque se diferencia das demais instâncias formais de controle em vários aspectos. O principal deles, é que ao menos em teoria, parece ser o mais opaco e resistente à teorização sociológica. Isto é logicamente explicável, haja vista que o tribunal é, dentre todas as instituições, aquela cuja sobrevivência torna imprescindível uma preocupação com a imagem de um instituto que se preocupa com a teorização política e jurídica, mas deixa as questões sociológicas para outras instâncias formais ou informais²²⁹.

4.3 CONCLUSÕES PARCIAIS

A abordagem criminológica realizada foi de fundamental importância para entrarmos no tópico conclusivo desta produção, que trará maiores desdobramentos sobre o problema propriamente dito e eventuais alternativas empíricas. Mas antes de mais nada, podemos realizar um vínculo direto entre a criminologia e o sistema prisional, mormente naquilo que concerne ao controle de criminalidade e ao impacto que a sistemática dos estabelecimentos possuem, também, no indivíduo.

Houve um apanhado que partiu desde a criminologia clássica até desdobramentos com maior noção de contemporaneidade. Apesar de que as contribuições, mesmo daquelas, podem ser refletidas em questões atuais e importantes. O *labelling approach* rompeu o paradigma positivista criminológico, e trouxe uma perspectiva muito peculiar sobre as questões que, na época, a criminologia se ocupava de responder.

Essencialmente, três níveis explicativos foram desenvolvidos na supramencionada teoria. O primeiro visando o impacto da atribuição do *status* de criminoso na identidade do desviante. O segundo referente ao processo de atribuição do referido *status*. Por fim, o terceiro concerne à definição da conduta desviada. Mas as inovações teóricas prosseguiram no sentido de demonstrar a desigualdade estrutural do sistema penal, e as conseqüências de aspecto social causadas.

²²⁸ Ibid., p. 508.

²²⁹ Ibid., p. 528.

É por isso que a “face oculta” do sistema prisional foi primeiramente mencionada neste capítulo que passou, e será pormenorizada no que virá. Por fim, as instâncias formais de controle foram abordadas, também no sentido de demonstrar a forma como fomentam a mencionada desigualdade, e os propósitos não declarados da justiça penal.

A polícia, o Ministério Público, o Juiz e o Tribunal foram trazidos justamente com este condão. Apesar de ser impossível conceder uma padronização universal acerca da atuação destes institutos, traçar padrões se revelou como uma possibilidade, que teve como escopo as demonstrações mencionadas no parágrafo anterior. Agora, esta produção científica caminha para sua etapa final, onde apresentará a problemática propriamente dita, valendo-se do que já foi tratado até então, e eventuais alternativas a serem fomentadas.

5. A FACE OCULTA DO CONTROLE DA CRIMINALIDADE

Em continuidade aos elementos trazidos acerca da criminologia crítica, é importante ainda destacar, introdutoriamente ao presente capítulo, como o objetivo ressocializador da pena é visto na criminologia crítica. Essencialmente, este não é admitido nas sociedades capitalistas, mediante argumentos concretos.

Primeiramente, porque a prisão teria surgido como uma necessidade do sistema capitalista, como um instrumento eficaz de controle dos indivíduos e manutenção do *status quo*. A instituição carcerária, como já visto em vários deslindes desta pesquisa, tem servido para reproduzir e desigualdade, e conseqüentemente não pode obter eventual ressocialização do delinquente. A verdadeira função e natureza prisional está diretamente ligada à origem história capitalista, enquanto instrumento de promover desigualdade social²³⁰.

Prosseguindo, o sistema penal, dentro do qual está inserido a pena de prisão, submete as classes mais baixas à um processo de marginalização. Foi possível constatar que nem mesmo a atuação dos órgãos de persecução penal está isenta desta consequência oculta da existência da pena de prisão, aliás, ajudam a fomentar certos propósitos, que serão tratados a seguir. Todas estas circunstâncias facilitam de forma considerável a manutenção da estrutura vertical das respectivas sociedades. Apanhando os ensinamentos transcorridos do *labelling approach*, por certo o etiquetamento e a estigmatização sofridos pelo delinquente tornam extremamente improvável a sua reabilitação²³¹.

É utópico pretender reincorporar um delinquente mediante uma pena privativa de liberdade, mormente quando esta está atrelada a uma relação de exclusão com a sociedade. Os objetivos que orientam o sistema capitalista exigem a manutenção de um setor marginalizado da sociedade, tal como ocorre na delinquência. É por isto que a lógica capitalista é completamente incompatível com o sistema ressocializador²³².

²³⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Novas Penas Alternativas*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 8

²³¹ *Ibid.*, p. 8.

²³² *Ibid.*, p. 9.

5.1 FUNÇÕES REAIS DO NOVO SISTEMA PENAL

Mas então, qual seria a função real do sistema penal, neste incluído a pena de prisão? Ao longo do tempo, as práticas atinentes ao controle de criminalidade e realização da justiça precisaram se adaptar às realidades economicamente e politicamente peculiares. Estes setores, como recém demonstrado, cada vez mais inseguros, acabaram por marginalizar nichos substanciais da sociedade. É neste panorama inseguro da superfície social que se propicia a principal preocupação aparente, mas não menos enfática e exacerbada, que corresponde ao controle e urgência de segregação, proteção e exclusão²³³.

Neste sentido, por tudo que já fora tratado, a segregação não pode ser a melhor resposta para os problemas da criminalidade, ao menos não enquanto perspectiva imediata de solução, como alguns fazem pensar ser. Não há, de qualquer sorte, a necessidade de fazer novo aparato sobre as funções declaradas do sistema prisional, mormente porque estas já foram abordadas em um primeiro momento neste trabalho. As funções reais, por outro lado, precisam ser pormenorizadas com clareza.

É inevitável que a prisão fabrique delinquentes. E isto ocorre em razão do gênero de existência que faz os detentos levarem. Seja enquanto se isola o indivíduo em uma cela, ou enquanto lhe atribui um trabalho desprezível ou quase inútil, que se fomenta a maneira de não pensar no homem em sociedade. Cria, em verdade, apenas uma existência contra a natureza inútil e perigosa do interior do estabelecimento prisional. O anseio é pela educação do recluso, mas é impossível o alcance desta pretensão mediante artifícios que desvirtuam completamente a natureza individual. Além disso, possui o condão de favorecer a organização da delinquência, quer seja de forma hierárquica ou solidária, perfectibilizando atuações criminosas futuras como meios alternativos ao retorno do convívio social²³⁴.

Estas críticas prisionais obedecem duas direções, a primeira contra o fato da prisão não ser corretora com eficiência, e a segunda que a técnica penitenciária permanece em estado rudimentar. Aliás, quando quer ser corretiva, mitiga a característica da punição. Por estas razões, se revela como um duplo erro econômico. Inicialmente pelo custo

²³³ GARLAND, David. A cultura do controle: Crime e ordem social na sociedade contemporânea. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro, Revan, 2008, p. 414.

²³⁴ FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir. Tradução de Raquel Ramalhe. 15ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1997, p. 235.

inerente da sua organização, e indiretamente pelo custo da delinquência, que ela não reprime efetivamente²³⁵.

Para Foucault²³⁶: “o sistema carcerário junta numa mesma figura discursos e arquitetos, regulamentos coercitivos e proposições científicas, efeitos sociais reais e utopias invencíveis, programas para corrigir a delinquência e mecanismos que solidificam a delinquência”. É questionável: o fracasso do sistema prisional não é realmente parte do funcionamento pretendido da prisão?

Admitindo, superficialmente, que a lei se destine a definir infrações, que o aparelho penal tenha como função reduzi-las e que a prisão seja o instrumento pelo qual se realiza esta repressão; não há outro atestado generalizado que não o fracasso. Mas por qual razão este fracasso seria útil? Essencialmente, qual a utilidade da manutenção da delinquência, da indução da reincidência, transformação do delinquente habitual em contumaz, bem como organização de um meio fechado da delinquência²³⁷. Pois bem, estes tópicos já começaram a ser explanados no capítulo anterior e aqui merecem ser retomados.

É notável que a prisão, de um modo geral, não se destina a suprimir as infrações, mas a distingui-las, distribui-las e utiliza-las. Tendem a organizar a transgressão das leis numa tática geral das sujeições, fomentando a desigualdade social e econômica existente na contemporaneidade. A penalidade, enquanto maneira de gerir ilegalidades, risca limites de tolerância, concede espaço para alguns enquanto exerce pressão sobre muitos outros, exclui uma parte enquanto torna útil outra, neutraliza seletivamente em proveito de específicos gêneros criminosos. E se é possível mencionar alguma justiça, não pode ser somente porque a lei ou a maneira de aplica-la se revela útil a uma classe, mas sim porque toda a sistemática de gestão das ilegalidades está formada, através da penalidade, para integralizar o mecanismo de dominação social²³⁸.

Bem colocadas são as palavras de Foucault²³⁹:

Se tal é a situação, a prisão, ao aparentemente “fracassar” não erra seu objetivo; ao contrário, ela o atinge na medida em que suscita no meio das outras uma forma particular de ilegalidade, que ela permite separar, pôr em plena luz e organizar como um meio relativamente fechado, mas penetrável. Ela contribui para estabelecer uma ilegalidade visível, marcada, irredutível a um certo nível

²³⁵ Ibid., p. 237.

²³⁶ Ibid., p. 239.

²³⁷ Ibid., p. 239.

²³⁸ Ibid., p. 240.

²³⁹ Ibid., p. 243-244.

secretamente útil – rebelde e dócil ao mesmo tempo; ela desenha, isola e sublinha uma forma de ilegalidade que parece resumir simbolicamente todas as outras, mas que permite deixar na sombra as que se quer ou se deve tolerar. Essa forma é a delinquência propriamente dita. Não devemos ver nesta a forma mais intensa e mais nociva de ilegalidade, aquela que o aparelho penal deve mesmo tentar reduzir pela prisão por causa do perigo que representa; ela é ante um efeito da penalidade, e da penalidade de detenção, que permite diferenciar, arrumar e controlar as ilegalidades. Sem dúvida a delinquência é uma das formas da ilegalidade; em todo caso, tem suas raízes nela, mas é uma ilegalidade que o “sistema carcerário”, com todas as suas ramificações, investiu, recortou, penetrou, organizou, fechou num meio definido e ao qual deu um papel instrumental, em relação às outras ilegalidades. (...) O sucesso é tal que, depois de um século e meio de “fracassos”, a prisão continua a existir, produzindo os mesmos efeitos e que se têm os maiores escrúpulos em derrubá-las.

Mas se esta urgente segregação e exclusão possui efeitos indesejados na sistemática social. Se o sistema prisional, de fato, não socializa, porque não levamos em conta então, apenas o aspecto punitivo. Se a prisão, em si, cumpre primordialmente o papel de retirar os indesejados da sociedade, porque admitir discursos acerca da ressocialização, como os apresentados anteriormente? Porque essencialmente, ainda que o sentido prático esteja corrompido, enquanto pessoas, a retirada deste vetor como integrante das finalidades do sistema carcerário significaria, também, a abolição das principais garantias conquistadas, simbolizando o marco do retrocesso humanitário do sistema prisional.

Anabela Miranda Rodrigues aborda esta linha, e exemplifica com a década de setenta, ocasião em que a socialização deixou de ser elemento primordial da política criminal. Neste panorama, as intenções punitivas se moldaram através da dissuasão, da justa retribuição e da prevenção situacional. A situação piorou ainda mais na década que sobreveio, pois qualquer discurso acerca da ressocialização era tido como inócuo. O resultado? Este sistema, chamado de neoclássico, levou os países adeptos a gerarem um verdadeiro sacrifício de direitos fundamentais, mormente porque a penalização detinha característica potencialmente desumanizantes²⁴⁰.

5.2 O LEVANTAMENTO DE UM PROBLEMA QUE DESTONA A APRESENTAÇÃO DE SOLUÇÕES CONCRETAS

O ideal de segurança, a necessidade questionável do aparelho de persecução penal possuir como resposta primordial a pena de prisão pode se revelar como uma armadilha

²⁴⁰ RODRIGUES, Anabela Miranda. Novo Olhar sobre a Questão Penitenciária: estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2001, p. 39.

concreta. É urgente levar em consideração os efeitos judiciais perversos e os danos sociais ensejados pelo reforço indiferenciado da repressão penal, e pela expansão consideravelmente descontrolada de um sistema carcerário sobrecarregado. Em verdade, o seu funcionamento é precário e ineficaz, fomentando noções de desigualdade que deveria, em tese, defender. Para não ocasionar uma escalada penal sem fim e sem solução, é imprescindível reconectar o debate da delinquência e do sistema prisional com a questão social maior do novo século: vetor de insegurança social, precariedade familiar, material, escolar, mental e de saúde²⁴¹.

O ponto não é a negativa da realidade da criminalidade ou da necessidade de haver uma resposta, inclusive penais, quando apropriadas. O que se revela como primordial é a compreensão da sua “gênese, sua fisionomia mutante e suas ramificações”²⁴². É preciso ver a criminalidade e o sistema prisional, como integrantes de um contexto social que resguarda muitas peculiaridades, e vale dizer, variável de acordo com fatores espaciais e temporais. É mais do que fundamental, que estes fatores sejam vistos como expressões deste mencionado contexto, para que as situações possam ser vistas com clareza.

Para alcançar tamanhas pretensões, é preciso que os discursos extremistas de combate à criminalidade cedam espaço para um debate racional e fundamentado sobre os ilícitos, o sistema prisional, os seus efeitos e os seus significados. E inicialmente, este debate deve esclarecer, como já feito, porque o foco recai sobre essa ou aquela manifestação delincente. Quer-se dizer, “mais nos corredores dos guetos do que nos corredores da prefeitura, mais nos roubos de bolsas e celulares do que nas negociadas na bolsa e nas infrações às leis tributárias”²⁴³.

Mas principalmente, a perspectiva de curto prazo deve ser deixada para trás, assim como a emissão emocional dos conceitos jornalísticos, especialmente porque possuem o condão sensacionalista e comercial. Somente assim seria possível uma clara distinção entre aparência e essência, sem confusões das altas taxas de criminalidade com a proliferação do medo, da intolerância e da preocupação com o delito. É preciso estar ciente que estas

²⁴¹ WACQUANT, Loïc. Punir os Pobres: A nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Tradução de Sérgio Lamarão. 3ª edição. Rio de Janeiro, Revan, 2007, p. 464.

²⁴² Ibid., p. 464.

²⁴³ Ibid., p. 465.

circunstâncias são orquestradas por campanhas midiáticas e políticas sobre o tema, muitas vezes para evitar questões mais desconcertantes²⁴⁴.

Prosseguindo:

Uma política inteligente sobre a insegurança criminal deve reconhecer, acima de tudo, que os atos delinquentes são o produto, não de uma vontade individual, autônoma e singular, mas de uma rede de causas e de razões múltiplas que se interpenetram de acordo com lógicas variadas, e que, por esse motivo, requerem remédios bem diferentes e cuidadosamente coordenados. Esses remédios deverão levar em conta a baixa eficiência congênita do aparelho penal e ir além da desgastada alternativa apontada pelo velho par prevenção/repressão, colocando em ação uma pluralidade de mecanismos de contenção e desvio. Isso será feito por reconhecer que o tratamento policial e penal, que alguns ousam apresentar hoje em dia como uma panaceia universal, é geralmente de aplicação limitada e revela-se, em muitas circunstâncias, pior do que o mal, quando seus “efeitos colaterais” são minimamente contabilizados²⁴⁵.

Esta lógica foi previamente trabalhada com praticamente todos os pontos abordados neste trabalho. A apresentação de uma solução concreta é de impossível definição, especialmente em razão das já mencionadas divergências espaciais e temporais, o que poderia tornar este processo conclusivo extremamente limitado e inaplicável à grande maioria dos sistemas prisionais e mecanismos de persecução criminal. Este “pornografismo” da segurança pública precisa ser superado, pois é servível apenas para alimentar fantasias de interesses políticos e econômicos.

Aliás, qualquer reforma a ser feita no campo penitenciário não terá maiores vantagens, uma vez que, mantendo-se a estrutura do sistema capitalista, a prisão manterá a função repressiva e estigmatizante²⁴⁶. Mas de fato, não é o desaparecimento do aparato de controle estatal o que deve ser demonstrado como solução, a estigmatização e a seletividade da justiça penal é que são problemas a serem sanados de alguma forma. O grande problema da questão, é a impossibilidade de garantir que um novo sistema de controle democrático deixaria de ser tão repressivo e estigmatizante quanto o seu anterior²⁴⁷.

²⁴⁴ Ibid., p. 465.

²⁴⁵ Ibid., p. 465.

²⁴⁶ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999, passim.

²⁴⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Novas Penas Alternativas*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 9

Mas é certo que a vida em prisão precisa se orientar no sentido de preparar os reclusos para a vida em liberdade. Não pode ser vista como um universo paralelo. Os direitos inerentes aos reclusos, devem ser o mais próximo possíveis daqueles enquanto pessoas livres. Esta valoração de direitos é expressionismo das conquistas alçadas pelos movimentos que militam em defesa dos direitos fundamentais. É imprescindível a preservação da identidade do recluso enquanto membro da sociedade, evitando o abismo existente entre esta e ele²⁴⁸.

Também por estas razões, o objetivo de expor a faceta oculta da justiça penal contemporânea não se desdobra com a apresentação de um caminho a ser seguido, como muitos outros fizeram – já são apresentadas em muitas outras obras –²⁴⁹. Por isto reprimir perspectivas de tratamento alheias ao aspecto filosófico do conteúdo jamais foi a intenção da presente pesquisa, que teve como escopo a criação de uma realidade diferenciada, e a produção do senso de mudança necessário aos sistemas penais existentes ao redor do mundo. Enquanto os meios de organização social e as próprias sociedades mantiverem o pensamento imediato de repressão de condutas, melhora nenhuma será alcançada. Se ocupar de falar em descriminalização, mecanismos de diversão, penas alternativas, mediação penal, tratamentos sem prisão também significaria um pouco mais do mesmo.

Somente com os anseios voltados para a direção certa as sistemáticas penais se adaptariam às novas diretrizes da sociedade capitalista, e ao novo paradigma da política criminal. Nem todas as perguntas possuem respostas, mas nem por isso fazê-las não se demonstra adequado. A solução? É estar ciente do problema propriamente dito.

²⁴⁸ RODRIGUES, Anabela Miranda. Novo Olhar sobre a Questão Penitenciária: estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2001, p. 163-165

²⁴⁹ Vide: Alessandro Baratta, Sistema penale e marginazione sociale – per la critica dell'ideologia del trattamento; Vera Regina Pereira de Andrade, Verso e reverso do controle penal: desaprisionando a sociedade da cultura punitiva; René Ariel Dotti, Bases e Alternativas Para o Sistema de Penas; João Baptista Herkenhoff, Crime: Tratamento sem prisão. Alessandro Baratta, Criminologia Crítica e Crítica ao Direito Penal. Augusto Thompson, A questão Penitenciária; dentre muitos outros.

6. CONCLUSÃO

Chegada a etapa conclusiva geral, espera-se ter chegado a todas as pretensões elencadas introdutoriamente de forma satisfatória. De qualquer forma, é imprescindível a retomada de alguns pontos, para a concretização das principais ideias abordadas nesta produção científica.

Pode-se constatar, em um primeiro momento, as noções que introduzem a possibilidade de existência de um direito de punir. Esta possibilidade, aliás, é derivada de alguns contextos alheios ao direito criminal. Por esta razão, a utilização de Rosseau e Beccaria para elucidar perspectivas distintas que se entrelaçam sobre o surgimento de um Estado organizacional da ordem jurídica se relevou muito importante. Com ela, foi possível vislumbrar, através das principais noções do contrato social e da estruturação da sociedade, que o Estado deve ser o ente responsável pela organização e contenção de determinadas atitudes, na medida do possível.

Estas limitações mencionadas encontram respaldo em conceitos jurídicos. A existência de um Estado com legitimidade para organizar a sociedade, bem como dispor acerca de normas penais e restritivas de liberdades, deve estar atrelado à tutela dos bens jurídicos. Mas não são quaisquer bens jurídicos aqueles que possivelmente podem ser alvos do Direito Penal, que neste caso, simboliza a maior intervenção estatal na vida privada do indivíduo, sacrificando potencialmente a sua liberdade. Estes bens jurídicos precisam ser aqueles imprescindíveis para uma vida livre, pacífica e igualitária entre os homens, e neste sentido tratou Roxin²⁵⁰.

Ainda assim, o Direito Penal e a incidência de sanções deve obedecer, sob pena de se tornarem ilegítimos, alguns critérios de aplicação, como a mencionada subsidiariedade, de fundamental importância para conter eventuais abusos. Além disso, a teoria da retribuição, da prevenção especial e da prevenção geral, buscam conceder, ao mesmo tempo, pressupostos e justificativas para aplicação de um direito de punir. E conseguem, para parte da doutrina, servir como os melhores elementos destas circunstâncias. Entretanto, como demonstrado, representam ser fruto de diversas

²⁵⁰ ROXIN, Claus. Estudos de Direito Penal. Tradução de Luís Greco. 2ª Edição. São Paulo: Editora Renovar, 2008.

discussões e imprecisões em seus fundamentos, sendo a teoria de Roxin – unificadora dialética – aquela que mais se aproxima de um contexto ideal para justificar a incidência dos ideais penais.

Posteriormente, no terceiro capítulo, a pena de prisão, principal expressionismo do mencionado direito de punir estatal, foi tratada sob a perspectiva filosófica. Nestas condições, a sua utilização apresentou os primeiros questionamentos de legitimação. Dentre estes, pode-se mencionar que os delitos sujeitos à pena de prisão, são frutos de uma construção social que, vale dizer, é muito mal digerida na contextualização científica.

A pena de prisão não atinge os fins de legitimação apresentados no segundo capítulo. Ao contrário, maximiza a violência, cede espaço para uma (ir)recuperação sistemática dos envolvidos e fomenta a seletividade social. Destas condições, e também da análise de dados estatísticos do sistema prisional brasileiro, a conclusão só pode ser para o fracasso aparente da pena de prisão. Mas a explicação para manutenção desta ordem questionável de controle da criminalidade ainda permaneceu, neste momento, pendente.

Foi exatamente por isso que as primeiras noções criminológicas passaram a adentrar no conteúdo proposto, a iniciar pelas teorias que se relacionam aos crimes de colarinho branco, que pode-se dizer, é a situação mais elementar e justificadora da seletividade e desigualdade penal existente nos ordenamentos jurídicos. Posteriormente, já concretizado como fracasso o sistema prisional, outros apontamentos criminológicos, como o *labelling approach* e a criminologia crítica, passaram a conduzir justificativas plausíveis. Estas justificativas permeiam a existência do direito penal ser exercido da forma que é, e demonstra que todas as instâncias formais de controle somente fomentam a seletividade e a desigualdade social.

Se o direito penal é, de forma concreta, inservível para os fins sociais relacionados à segurança, inservível para os fins teóricos criminais de controle da criminalidade, por qual razão, ainda persiste desta forma? Este é, talvez o grande questionamento desta produção, e é respondido em um quinto momento, estritamente relacionada à mencionada “face oculta” do título.

Diz-se face oculta porque, nas palavras de Michel Foucault, o sistema penal ao fracassar, cumpre o seu papel, e desempenha funções importantes na organização social²⁵¹. Estas funções, entretanto, não podem ser tidas como importantes para uma generalização

²⁵¹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. Tradução de Raquel Ramalhe. 15ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1997, passim.

da sociedade, mas para classes privilegiadas, que possuem forte interesse em ver a manutenção do *status quo*, e a conseqüente criminalização dos nichos sociais. Mais do que a criminalização, a expansão do terror e do combate à criminalidade selecionada são elementos fundamentais para a sistemática funcionar.

As funções reais do sistema prisional contradizem qualquer teoria formal que justifique a existência de um direito de punir. É possível dizer que o direito penal se corrompeu e transformou-se em instrumento. Instrumento hábil e capaz de conduzir a sociedade que se insere para caminhos não necessariamente relacionados à violência e à prática de crimes com visibilidade social, mas relacionados a questões econômicas e políticas.

Neste contexto, a percepção da problemática concede abertura para teóricos que, na perspectiva da sociedade parecem defensores inconvenientes de um nicho social desprotegido, mas no contexto científico e acadêmico-criminal, parecem possuir sérias linhas de razão. Enquanto o sistema penal, a pena de prisão e todos os institutos envolvidos nestas questões forem vistos como resposta primordial aos conflitos sociais, mesmo já demonstrado, a longo prazo, a sua falta de efetividade, as conseqüências relacionadas à organização da sociedade explanadas no texto continuarão existindo.

Por estas razões, não se nega a necessidade de um direito de punir e, que, em muitos momentos, este direito deve ser exercido através da privação da liberdade. O que se nega são os argumentos que procuram legitimar a pena de prisão atualmente, mormente porque são inservíveis às pretensões sociais de segurança pública. Demonstradamente, existem razões ocultas para que a situação prisional seja tonificada desta forma, e justamente por isso, a pena de prisão parece cada vez mais soar negativamente. Conseqüentemente, alternativas precisam ser cada vez mais fomentadas, seja através de uma revitalização social e das instâncias formais de controle, seja através de mecanismos inerentes a um direito penal alternativo.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Manuel da Costa. **A “Dignidade Penal e a “Carência de Tutela Penal” como referencia de uma doutrina Teleológico-Racional do Crime.** Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra, ano 2.

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.

_____. **Sistema Penal Máximo x Cidadania Mínima: Códigos da violência na era da globalização.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ANITUA, Gabriel Ignácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos.** Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2008.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal.** 2ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

_____. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal.** Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 6ª edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** Tradução de Torrieri Guimarães, 11ª edição, Hemus: São Paulo, 1996.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Novas Penas Alternativas.** São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Tratado de Direito Penal.** 17ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

BRAITHWAITE, John. **White Collar Crime.** Ann. Revi. Sociol, Austrália, 1985, p. 4. Disponível em: <<http://cooley.libarts.wsu.edu/criminology/documents/braithwaite.pdf>>. Acesso em 16 de maio de 2017.

CALADO, António Marcos Ferreira. **Legalidade e Oportunidade na Investigação Criminal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

COSTA, Sónia. **A mediação Penal em Portugal**: Do debate à implementação. 2012, p. 5. Paper disponível em: http://www.aps.pt/vii_congresso/papers/finais/PAP1162_ed.pdf, acessado em 02 de junho de 2017.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Temas Básicos da Doutrina Penal**. Coimbra: Editora Coimbra, 2001.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: o homem delincente e a sociedade criminógena**. Coimbra: Editora Coimbra, 1984.

DURKHEIM, Émile. **Dois Leis da Evolução Penal**. Tradução de Hyago Sarraff de Lion. São Paulo: Primeiros Estudos, n.º. 6.

FALCÓN Y TELLA, María José; FALCÓN Y TELLA, Fernando. **Fundamento y finalidad de la sanción: un derecho a castigar?**. Tradução de Cláudia de Miranda Avena. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

FERNANDES, Newton. **A falência do sistema prisional brasileiro**. São Paulo: Editora RG, 2000.

FERRI, Henrique. **Princípios de direito criminal**. Tradução por Luiz Lemos D'Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1931.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Tradução de Raquel Ramallete. 15ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1997.

GARLAND, David. **A cultura do controle**: Crime e ordem social na sociedade contemporânea. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro, Revan, 2008.

OLIVEIRA, Odelete Maria de. **Prisão: Um paradoxo social**. 3ª edição. Florianópolis: Editora da UFSC, 2003.

PINTO, Alessandro Nepomoceno. **O sistema Penal: Suas verdades e mentiras** (fls. 182-194), *in*: Verso e Reverso do Controle Penal, organização de Vera Regina de Andrade, volume 2, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.

LARRAURI, Elena. **La Herancia de la Criminologia Critica**. 2ª edición. Siglo Madrid (ESP): Veintiuno de España Editores, 2000.

MERTON, Robert K., **Social Structure and Anomie**, American Sociological Review, Volume 3, Issue 5, 1938.

MIOTTO, Armida Bergamini. **Doctrina Y acción Postpenitenciaria**, Publicación del Patronato de Liberados de La Capital Federal – República Argentina, 1989, pp. 75 e ss, *in* **Temas Penitenciários**, São Paulo: Editora RT, 1992.

MONGRUEL, Angela de Quadros. **Criminalidade: Um problema socialmente construído** (fls. 169-180) *in*: Verso e Reverso do Controle Penal, organização de Vera Regina de Andrade, volume 2, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.

REIMAN, Jeffery H.. **The Rich Get Richer and The Poor Get Prison**. New Jersey: Wiley, 1979. Capítulo 11 disponível em <http://www.sagepub.com/upm-data/38171_11>. Acesso em 01 de março de 2017.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **Novo Olhar sobre a Questão Penitenciária**: estatuto jurídico do recluso e socialização ,jurisdicionalização, consensualismo e prisão. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2001.

ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Tradução de Luís Greco. 2º Edição. São Paulo: Editora Renovar, 2008.

_____. **Problemas fundamentais do Direito Penal**. Lisboa: Vega, 2004.

ROSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. 1º edição, Martin Clared: São Paulo, 2013.

SÁ, Geraldo Ribeiro de. **A prisão dos excluídos**: Origem e reflexões sobre a pena privativa de liberdade. Rio de Janeiro: Diadorim Editora Ltda., 1991.

SUTHERLAND, Edwin. *White Collar Crime: The Uncut Version*. New Haven: Yale University Press, 1983.

TEIXEIRA, Carlos Adérito. **Princípio da Oportunidade**: Manifestações em sede processo penal e sua conformação jurídico-constitucional. Coimbra: Editora Almedina, 2006.

THOMPSON. Augusto. **A questão Penitenciária**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

WACQUANT, Loïc. **Punir os Pobres**: A nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Tradução de Sérgio Lamarão. 3ª edição. Rio de Janeiro, Revan, 2007

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Sistemas penales y derechos humanos en América Latina** (segundo informe). Buenos Aires: Depalma, 1984,