

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
INSTITUTO DE CRIMINOLOGIA E POLÍTICA CRIMINAL**

**CRÍTICA AO SISTEMA PENAL: A FALSIDADE DO DISCURSO IDEOLÓGICO DO
DIREITO DE PUNIR**

**CURITIBA
2007**

FRANSCIELLE MARTINS GOMES

**CRÍTICA AO SISTEMA PENAL: A FALSIDADE DO DISCURSO IDEOLÓGICO DO
DIREITO DE PUNIR**

Monografia apresentada como requisito à obtenção do título de especialista no Programa de Pós-Graduação em Direito Penal e Criminologia da Universidade Federal do Paraná e Instituto de Criminologia e Política Criminal.

Orientador: Prof. Dr. Juarez Cirino dos Santos

**CURITIBA
2007**

FRANSCIELLE MARTINS GOMES

**CRÍTICA AO SISTEMA PENAL: A FALSIDADE DO DISCURSO IDEOLÓGICO DO
DIREITO DE PUNIR**

Monografia apresentada como
requisito à obtenção do título de
especialista no Programa de Pós-
Graduação em Direito Penal e
Criminologia da Universidade Federal
do Paraná e Instituto de Criminologia e
Política Criminal.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Juarez Cirino dos Santos
Universidade Federal do Paraná

Curitiba, ____ de _____ de 2007

AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Dr. Juarez Cirino dos Santos que com suas idéias iluminadas infundiu em meu espírito o desejo de colaborar para a transformação da sociedade.

Aos demais professores do Programa de Pós-Graduação por contribuírem imensamente com seus conhecimentos criminológicos.

Aos colegas de curso, pelas experiências divididas.

À minha família e ao Matheus, pelo apoio incondicional.

A Deus, pela iluminação e força nesta jornada.

“Não temos que fazer do Direito Penal algo melhor, mas sim que fazer algo melhor do que o Direito Penal”

Gustav Radbruch

GOMES, Franscielle Martins. *Crítica ao Sistema Penal: a falsidade do discurso ideológico do direito de punir*. 2007. Monografia (Especialização em Direito Penal e Criminologia). Universidade Federal do Paraná e Instituto de Criminologia e de Política Criminal.

RESUMO

Analisa o surgimento da prisão no contexto social da época. Examina as teorias legitimadoras da pena e faz as devidas críticas. Realiza o estudo sobre as teorias deslegitimadoras. Desenvolve a crítica do sistema penal, concluindo que ele é instrumento de manutenção das relações sociais desiguais, a serviço da classe dominante e, que seleciona dentre os que praticam crimes aqueles que lhe interessa criminalizar e penalizar. Revela o fracasso das prisões e das penas privativas de liberdade como meio apto para a ressocialização e, por fim, aponta soluções para o problema da criminalidade, tais como, suprimir ao máximo a atuação do sistema penal e da carcerização através das medidas alternativas à pena (finalidade imediata) e abolir o cárcere e construir a sociedade socialista (finalidade mediata).

Palavras-chave: origem do cárcere; discurso jurídico-penal; criminologia; fracasso do encarceramento; falsidade do discurso; crítica ao sistema penal; soluções.

GOMES, Franscielle Martins. *Critique au Système Pénal: la fausseté du discours ideologique du droit de punir* . 2007. Monografia (Especialização em Direito Penal e Criminologia. Universidade Federal do Paraná e Instituto de Criminologia e Política Criminal.

RÉSUMÉ

Il analyse l'apparition de la prison dans le contexte social de l'époque. Il examine les théories légitimateurs de la peine et il fait des critiques nécessaire. Il réalise l'étude sur les théories de non légitimation. Il développe la critique au système penal, en concluriant qu'il est un instrument de manutention des relations sociales inégales, selon les intérêts de la classe dominant et, qu'il selécione parmi lesquels que pratiquent crimes ceux-lá qu'est de son volonté criminaliser e peinaliser. Il révèle l'échec des prisons et des peines privatives de liberté comme moyen capable de ressocialisation. Enfin, il indique solutions pur le problème de la criminalité, comme, supprimer l'action du système penal et prisionel à travers des moyens alternatives à peine (finalité médiat) et abolir la prison et construire la societé socialiste (finalité immédiat).

Mots-clé: origine de la prision; discours juridique-penal; criminologie; échec des prisions; fausseté du discours; critique au système penal; solutions.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	8
2. O surgimento da instituição carcerária.....	10
2.1. Panorama social e ideológico	24
2.2. A contribuição de Foucault para a compreensão da origem da prisão	32
3. Teorias legitimadoras do sistema penal.....	42
3.1. Teorias da dogmática jurídico-penal e sua crítica	42
3.1.1. Teorias Absolutas.....	42
3.1.2. Teorias Relativas.....	45
3.1.3. Teorias Unitárias.....	52
3.2. Teorias Criminológicas.....	56
3.2.1. Criminologia Clássica.....	56
3.2.2. Criminologia Positivista.....	58
3.2.3. Teoria Estrutural-Funcionalista da Anomia e da Criminalidade	62
3.2.4. Teoria da Subcultura	66
3.2.5. Criminologia Interacionista/da Reação Social/ <i>Labeling Approach</i>	73
3.2.6. Teoria do Conflito	84
3.2.7. Criminologia Liberal Contemporânea	87
4. Teorias deslegitimadoras do sistema penal.....	91
4.1. Criminologia Crítica.....	91
4.2. Criminologia Radical	93
5. Crítica ao sistema penal: a falsidade do discurso ideológico do direito de punir	102
5.1. A falsidade do discurso jurídico-penal.....	102
5.2. Crítica ao sistema prisional e às finalidades da pena privativa de liberdade.....	111
5.3. Soluções e alternativas ao sistema penal	120
6. Conclusão.....	131
BIBLIOGRAFIA.....	136

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o objetivo de percorrer a história das prisões, o desenvolvimento das teorias legitimadoras e deslegitimadoras até chegar à crítica do sistema penal.

Primeiramente, inicia-se a análise pelo surgimento das prisões, relatando sua finalidade de instrumento ao poder do capital nascente. Neste aspecto, analisam-se as obras de Rusche e Kirchheimer, Michel Foucault, Melossi e Pavarini, Karl Marx, Pasukanis, dentre outros.

O referido capítulo revela o nascimento da prisão como uma necessidade do novo modo de produção que exigia cada vez mais mão-de-obra barata e disciplina para o trabalho.

A prisão foi o modo ideal para reunir a força de trabalho e extrair dela sua energia, utilidade, docilidade, através de uma rígida disciplina.

No terceiro capítulo, estudam-se as teorias legitimadoras da pena e as correspondentes críticas. A princípio, inicia-se pelas teorias dos fins da pena, tais como a retribuição, prevenção geral e prevenção especial. Depois, passa-se para a análise das teorias criminológicas, desde a Escola Clássica, passando pelo paradigma etiológico, até o paradigma da reação social. Embora algumas teorias criminológicas trouxeram grandes contribuições para a crítica do sistema penal, elas são examinadas dentre as teorias legitimadoras, pois não apresentaram uma teoria completa sobre a criminalidade, deixando de investigar o papel das relações de produção neste aspecto.

No capítulo seguinte, examinam-se as teorias deslegitimadoras do sistema penal, atentando-se para a Criminologia Crítica e para a Criminologia Radical.

Explicam-se as investigações e conclusões alcançadas por estas teorias para, no próximo capítulo, aplicá-las na crítica ao sistema penal, desde o discurso da dogmática jurídico-penal até o sistema carcerário.

O trabalho atinge seu objetivo maior neste capítulo que aborda as críticas ao sistema penal. O primeiro passo é criticá-lo de uma forma geral, depois passa-se à crítica específica da prisão, momento culminante da estigmatização. As observações são feitas com base em estatísticas, de forma a comprovar a veracidade do exposto.

Como diz o ditado popular: “é muito fácil criticar, o difícil é fazer”. Desta forma, ainda neste capítulo, apresentam-se soluções para os problemas da criminalidade.

As soluções expostas são as elaboradas pela Criminologia Crítica e Radical e retiradas de obras de dois grandes criminólogos: Alessandro Baratta e Juarez Cirino dos Santos.

A partir de agora, entrar-se-á no mundo real do sistema penal, afastando toda mistificação sobre as finalidades da pena e desvendando a verdadeira função do discurso jurídico-penal legitimador e reprodutor das relações de produção.

2. O surgimento da instituição carcerária

A prisão surgiu em razão do nascimento do modelo capitalista de produção, como instrumento deste. A pena privativa de liberdade medida pelo tempo foi uma consequência das necessidades deste novo modelo.

Na sociedade feudal o encarceramento não era considerado pena, como sanção condenatória ao infrator. A idéia dominante por toda a Idade Média e início da Moderna é de que as prisões existiam apenas para prender homens e não para puni-los. “Até o século XVIII, as grades foram simplesmente o lugar de detenção antes do julgamento” (Rusche e Kirchheimer, 2004, pg. 94-95).

Neste sentido, Melossi e Pavarini (2006, pg. 21):

Pode-se dizer que a sociedade feudal conhecia o cárcere preventivo e o cárcere por dívidas, mas não se pode afirmar que a simples privação da liberdade, prolongada por um determinado período de tempo e não acompanhada por nenhum sofrimento, fosse conhecida e portanto prevista como pena autônoma e ordinária.

A pena como retribuição impõe o conceito de equivalente, medido como troca de valores, mas a pena privativa de liberdade não era o equivalente do delito para a sociedade feudal. Os interesses desta sociedade privilegiavam outros valores, conforme pode ser observado em Melossi e Pavarini (2006, pg. 22):

Por conseguinte, na presença de um sistema socioeconômico como o feudal, no qual ainda não se historicizara completamente a idéia do “trabalho humano medido pelo tempo” (leia-se, trabalho assalariado), a pena-retribuição, como troca medida pelo valor, não estava em condições de encontrar na privação do tempo o equivalente do delito. O equivalente do dano produzido pelo delito se realizava, ao contrário, na privação daqueles bens socialmente considerados como valores: a vida, a integridade física, o dinheiro, a perda de status.

Conforme ensina Rusche e Kirchheimer, e pode-se dizer que este foi o maior mérito de sua obra, o sistema de punição corresponde ao nível de desenvolvimento das relações de produção: “Todo sistema de produção tende a descobrir formas punitivas que correspondem às suas relações de produção” (2004, pg. 20).

No feudalismo, como o sistema de produção prescindia de mão-de-obra, privilegiava-se as punições corporais. Clara é a explanação de Foucault em sua obra *Vigiar e Punir* (1987, pg. 25):

(...) com o feudalismo, e numa época em que a moeda e a produção estão pouco desenvolvidas, assistiríamos a um brusco crescimento dos castigos corporais – sendo o corpo na maior parte dos casos o único bem acessível; a casa de correção (...) o trabalho obrigatório, a manufatura penal apareceriam com o desenvolvimento da economia de comércio.

A pena tinha natureza de expiação, de castigo divino, com finalidade meramente satisfatória. Servia para acalmar o medo de uma ameaça futura. Por isso o castigo se dava de forma tão cruel, um verdadeiro teatro de horrores, um ritual, que provocava “mil mortes” no dizer de Foucault (1987, pg. 31):

Uma pena para ser suplício deve obedecer a três critérios principais: em primeiro lugar, produzir uma certa quantidade de sofrimento que se possa, se não medir exatamente, ao menos apreciar, comparar e hierarquizar; a morte é um suplício na medida em que ela não é simplesmente privação do direito de viver, mas a ocasião e o termo final de uma graduação calculada de sofrimentos: desde a decapitação – que reduz todos os sofrimentos a um só gesto e num só instante: o grau de zelo do suplício – até o esquartejamento que os leva quase ao infinito, através do enforcamento, da fogueira e da roda, na qual se agoniza muito tempo; a morte-suplício é a arte de reter a vida no sofrimento, subdividindo-a em ‘mil mortes’ e obtendo, antes de cessar a existência, *the most exquisite agonies*.

Na Baixa Idade Média não havia um poder central, logo os conflitos eram resolvidos pela arbitragem privada e a sanção era o pagamento de fiança. No entanto, o pobre não tinha condições de pagar fiança, então, a ele era imposto castigo corporal. Assim, foi substituindo-se as fianças por este. Deve-se ressaltar que a prisão era considerada uma forma de castigo corporal, portanto, só excepcionalmente ocorriam sentenças de prisão, para o caso dos pobres que não tinham condição de pagar a fiança. (Rusche e Kirchheimer, 2004, pg. 24-25).

O castigo físico começou a crescer até que se tornou não apenas suplementar, mas a forma regular de punição. Até o século XV a pena de morte e a mutilação eram usadas em casos extremos. Agora, tornaram-se as mais comuns.

Conforme exposto acima, as sanções eram medidas com base na justiça divina e o sofrimento era o meio eficaz de expiação. Logo não havia limite à execução da pena. Por isso Melossi e Pavarini (2006, pg. 23) afirmam que “nessa perspectiva, o cárcere como pena não se mostrava como meio idôneo para tal objetivo”.

Com isso, percebe-se que a prisão enquanto pena surge apenas com o capitalismo, para atender suas necessidades.

O suplício já não servia mais, já não correspondia aos anseios da população e quando um argumento já não serve mais para justificar o direito de punir, cria-se outro argumento, uma nova justificativa, “nova teoria da lei e do crime, nova justificação moral ou política do direito de punir”. (Foucault, 1987, pg. 11)

Esta transformação ocorre no seguinte contexto. Nos séculos XV e XVI presenciou-se a grande expulsão das terras, decorrente de seu cercamento (*enclosures of commons*). Karl Marx examina detalhadamente este período em *O Capital* (1985, pg. 264):

O prelúdio do revolucionamento, que criou a base do modo de produção capitalista, ocorreu no último terço do século XV e nas primeiras décadas do século XVI. Uma massa de proletários livres como os pássaros foi lançada no mercado de trabalho pela dissolução dos séquitos, que, como observava acertadamente Sir James Stuart, “por toda parte enchiam inutilmente casa e *castelo*”. Embora o poder real, ele mesmo um produto do desenvolvimento burguês, em sua luta pela soberania absoluta tenha acelerado violentamente a dissolução desses séquitos, ele não foi, de modo algum, sua única causa. Foi muito mais, em oposição mais teimosa à realeza e ao Parlamento, o grande senhor feudal quem criou um proletariado incomparavelmente maior mediante a expulsão violenta do campesinato da base fundiária, sobre a qual possuía o mesmo título jurídico feudal que ele, e usurpação de sua terra comunal. O impulso imediato para isso foi dado, na Inglaterra, nomeadamente pelo florescimento da manufatura flamenga de lã e a conseqüente alta dos preços da lã. A velha nobreza feudal fora devorada pelas grandes guerras feudais; a nova era uma filha de seu tempo, para a qual o dinheiro era o poder dos poderes. Por isso, a transformação de terras de lavoura em pastagens de ovelhas tornou-se sua divisa.

Os senhores feudais cercaram as terras para utilizá-las como pastagem para as ovelhas e assim, não restou espaço para o cultivo da agricultura. Os camponeses, expropriados dos meios de produção, ficaram sem meios de subsistência, e precisaram abandonar as terras rumo às cidades. No entanto, não havia oferta de emprego suficiente e faltava aos camponeses a disciplina do trabalho assalariado, assim milhares de expropriados são convertidos em mendigos, vagabundos, bandidos. Ainda sobre esse período, (Marx 1985, pg. 275) declara:

Os expulsos pela dissolução dos séquitos feudais e pela intermitente e violenta expropriação da base fundiária, esse proletariado livre como os pássaros não podia ser absorvido pela manufatura nascente com a mesma velocidade com que foi posto no mundo. Por outro lado, os que foram bruscamente arrancados de seu modo costumeiro de vida não conseguiam enquadrar-se de maneira igualmente súbita na disciplina da nova condição. Eles se converteram em massas de esmoleiros, assaltantes, vagabundos, em parte por predisposição e na maioria dos casos por força das circunstancias. Daí ter surgido em toda a Europa ocidental, no final do século XV e durante todo o século XVI, uma legislação sanguinária contra a vagabundagem. Os ancestrais da atual classe trabalhadora foram imediatamente punidos pela transformação, que lhes foi imposta, em vagabundos e *paupers*. A legislação os tratava

como criminosos 'voluntários' e supunha que dependia de sua boa vontade seguir trabalhando nas antigas condições, que já não existiam.

Essas pessoas largadas ao desemprego e, portanto, sem meio de sobreviver, tornam-se mendigos e até ladrões, mas ao invés desta miserabilidade ser percebida como produto das determinações estruturais, era considerada decorrente de defeitos destes indivíduos.

Havia, portanto, força de trabalho suficiente disponível para a burguesia nascente, com isso o preço da mão-de-obra abaixou e, conseqüentemente, a valorização da vida humana tornou-se cada vez menor.

No entanto, uma mudança ocorre no panorama social quando começa haver uma extensão dos mercados e demanda crescente por bens de consumo, o que acarreta a necessidade de mão-de-obra. Porém, em meados do século XVI, o crescimento demográfico não acompanhava, no mesmo nível, as possibilidades de emprego. Entre os fatores que ocasionaram a diminuição da população estão as guerras religiosas, Guerra dos 30 anos, pestes, a própria pena capital que era usual etc.

Com a escassez de força de trabalho, aumentam-se os salários e as condições de trabalho favoráveis. Os trabalhadores podiam exigir melhorias. Sobre esse período Melossi e Pavarini (2006, pg. 61):

Durante todo o século XVII e boa parte do XVIII, um dos problemas mais graves enfrentados pelo capital foi a escassez de força de trabalho, com o perigo continuamente subjacente do possível aumento do nível de salários. O problema não se apresenta, contudo, com a mesma gravidade dos primeiros anos do século XVII, quer porque já estava começando a ocorrer um certo incremento demográfico, quer porque o processo de expulsão e de expropriação dos estratos camponeses estavam em pleno andamento.

Os capitalistas apelaram ao Estado para garantir redução dos salários e, para restringir a liberdade individual foram tomadas, dentre outras, as seguintes medidas: estímulo à taxa de natalidade, o clero não punia mais mães solteiras, a emigração tornou-se proibida.

A diminuição demográfica atingiu até o exército. Ficou difícil para o Estado recrutar soldados, pois os que tinham eram atraídos pelos altos salários das indústrias. O exército teve que ser reforçado por mercenários.

O crescimento continuado da indústria requeria uma grande reserva de força de trabalho e os trabalhadores ofereciam-se com hesitação. O Estado para garantir força de trabalho a baixo custo promulgava leis que regulamentassem o trabalho nas fábricas, tabelou salários máximos para conter a alta dos preços da mão-de-obra, incentivou o trabalho infantil, fornecendo crianças dos orfanatos e começou a fazer um recrutamento forçado de trabalhadores.

Neste contexto é necessário fazer também uma análise do pensamento religioso da época. No feudalismo a mendicância era glorificada. Os poderosos faziam caridade e assim acreditava-se que se livravam dos pecados. Surge, então, a Reforma para justificar os interesses da burguesia. A prosperidade perde seu sentido pecaminoso e esvazia-se a idéia de generosidade como absolvição dos pecados pelo fato de ser prospero. Qualquer um que trabalhasse poderia progredir.

A Reforma promovida por Calvino e Lutero que, embora religiosa tinha fundo econômico, “ajudou a preparar o terreno para uma das condições necessárias ao surgimento do capitalismo moderno: a acumulação de capital” (Rusche e Kirchheimer, 2004, pg. 63).

As teorias de Calvino servem de base intelectual para os burgueses diante dos problemas sociais: propiciou ao empregador uma ótima justificativa para sua atitude em relação às classes mais baixas, sua consciência dava-lhe a confortável segurança de que uma distribuição desigual de bens terrenos constituía um desígnio especial da Providência que procurava fins secretos e desconhecidos para os homens. “Evidentemente, essa filosofia não podia aceitar a mendicância e opunha-se à prática católica de caridade indiscriminada” (Rusche e Kirchheimer, 2004, pg. 63).

Às vezes as condições de trabalho eram tão duras, que as pessoas preferiam mendigar. “Freqüentemente trabalhadores tornavam-se mendigos quando queriam tirar férias ou recuperar o fôlego enquanto procuravam um emprego melhor” (Rusche e Kirchheimer, 2004, pg. 66).

É por isso que, conforme se verá adiante, as *workhouses* utilizavam o trabalho forçado para “dobrar a resistência da força de trabalho e fazê-la aceitar as condições que permitissem o máximo grau de extração de mais-valia”. (Melossi e Pavarini, 2006, pg. 38)

A Reforma não foi a única causa desse novo tratamento da mendicância. A situação econômica, a deterioração das condições de vida, que aumentou a mendicância, obrigou as cidades a estabelecer novas regras. (Rusche e Kirchheimer, 2004, pg. 65)

Em toda parte havia queixas sobre a escassez da mão-de-obra causada pela mendicância. No século XVI dava-se cada vez mais importância à diferença entre mendicância apta e não apta ao trabalho. Surgiram penalidades para aquela. A mendicância era considerada um crime quando é voluntária, ou seja, quando

não há qualquer exército industrial de reserva. Melossi e Pavarini (2006, pg. 36) relatam como a mendicância passou a ser regulamentada:

Um estatuto de 1530 obriga o registro dos vagabundos, introduzindo uma primeira distinção entre aqueles que estavam incapacitados para o trabalho (*impotent*), a quem era autorizado mendigar, e os demais, que não podiam receber nenhum tipo de caridade, sob pena de serem açoitados.

A solução encontrada para manter os salários baixos e para que o proletariado não exija melhores condições de trabalho, garantido o lucro do capitalista, foi instituir o trabalho forçado. Eis o relato de Melossi e Pavarini (2006, pg. 38):

Por conseguinte, na segunda metade do século XVI, não obstante a oferta de trabalho continue a crescer, esse crescimento é insuficiente para atender, na medida das necessidades, a demanda que o rico e borrascoso período elisabetano produz. Para que esse novo proletariado não se aproveite da situação, recorre-se, pois, ao trabalho forçado, que assume, desde o início, a função de regulação frente ao preço do trabalho no mercado livre.

Em poucas palavras, Cirino dos Santos (2006a, pg. 65-66) resume tudo o que foi até agora relatado:

Na alta Idade Média, a economia agraria feudal separa ricos (senhores feudais, clero etc.) e pobres (camponeses e artesãos), conhece os fenomenos das guerras camponesas, dos bandos de desocupados sem meios de subsistência e da criminalidade genaralizada, em especial patrimonial: o sistema penal desse estágio de desenvolvimento das relações de produção adota punicoes corporais atrozes (descritas com riqueza de detalhes por Foucault) e extingue as inuteis penas de multa, porque os condenados não têm como pagar. No mercantilismo do século XVII, a produção manufatureira, baseada em funções especializadas, encontra escassa força de trabalho, em geral dizimada por pestes, guerras e punições, o que determina alterações nas relações de mercado, com a elevação dos salários e do nível de vida dos trabalhadores: a política do sistema penal, para ajustar-se às mudanças estruturais, adota o trabalho forçado, extingue as penas corporais destruidoras de força de trabalho e introduz a prisão como principal modalidade punitiva.

Assim, em fins do século XVI adota-se um método para a repressão à vadiagem, institui-se as casas de correção, que posteriormente serão o modelo para as prisões.

As casas de correção eram um misto de casas de assistência, oficinas de trabalho e instituição penal, com o objetivo de transformar a força de trabalho dos indesejáveis, tornando-a socialmente útil.

Através do trabalho forçado, os prisioneiros adquiriam hábitos industriais e, ao mesmo tempo, receberiam um treinamento profissional. Uma vez em liberdade esperava-se que eles procurassem o mercado de trabalho voluntariamente.

Em muitos lugares era feito o arrendamento, o que tornava mais evidente o lado econômico de promover a produção e combater a falta de mão-de-obra.

As casas de correção eram, preliminarmente, manufaturas, viabilizando a produção de bens a baixos custos, através de mão-de-obra barata. O período de detenção era determinado pelas necessidades da instituição ou de seus empreiteiros (Rusche e Kirchheimer, 2004, pg. 99).

Eram levados para as casa de correção mendigos aptos, vagabundos, desempregados, prostitutas, ladrões etc. Não era feita a divisão entre criminosos e pessoas recrutadas por motivos administrativos. Conforme relato de Melossi e Pavarini (2006, pg. 58):

Cada vez mais, no curso do desenvolvimento da instituição, foram nela internados condenados por delitos mais graves e a penas mais longas; assim, progressivamente os outros tipos de punição foram sendo substituídos, em grande parte, pelo cárcere. Por muito tempo, entretanto, não foi feita nenhuma classificação rígida ou separação das diversas categorias humanas e jurídicas dos internados. Como observam Rusche e Kirchheimer, pode-se supor uma certa distinção entre as *Zuchthaus*, entendidas como o cárcere propriamente dito, e as *Arbeitshaus*, destinadas aos vagabundos, aos pobres e aos prisioneiros

para ali levados por razões policiais, mas seriam diferenças formais que nunca encontraram respaldo na realidade.

Entre as principais casas de correção estão as *bridewells* na Inglaterra, pioneiras e, posteriormente, no século XVII, a *Rasp-huis* em Amsterdã, com alto grau de desenvolvimento. Sobre esta última Melossi e Pavarini (2006, pg. 39-40):

Na Holanda da transição do século XVI para o século XVII, dois fatores se somam para estimular o uso do trabalho forçado, que se tomará o modelo para toda a Europa reformada (protestante) da época. De um lado, a luta pela independência, guiada pela classe mercantil (...). Por outro lado, o impetuoso desenvolvimento do tráfico mercantil veio a incrementar a demanda de trabalho num mercado no qual não havia uma oferta tão grande como na Inglaterra, e num momento em que toda a Europa estava atravessando um grave declínio demográfico. Isso representava, para o nascente capital holandês, o perigo de encontrar-se diante de um alto custo do trabalho e de um proletariado que fosse capaz de, apesar das medidas repressivas, contratar a venda de sua própria força de trabalho. Esta é a situação econômica e social – segunda a hipótese interpretativa de Rusche e Kirchheimer – que levou a jovem república holandesa a mudar os próprios módulos punitivos.

Percebe-se com isso que a mudança no método de punição, de castigos corporais para a pena privativa da liberdade, não decorreu de fatores humanitários, mas foi consequência de um desenvolvimento econômico que revelou o valor potencial de uma massa de material humana completamente à disposição das autoridades.

O primeiro modelo de prisão estava, então, estreitamente ligada às casas de correção manufatureiras, conforme lição de Rusche e Kirchheimer (2004, pg. 96):

(...) o sistema de prisão moderno enquanto método de exploração do trabalho e, igualmente importante no período mercantilista, enquanto maneira de treinar as novas reservas de força de trabalho, foi realmente a consequência necessária das casas de correção.

Ainda sobre a modelagem da prisão como centro de trabalho, Melossi e Pavarini (2006, pg. 58):

Os séculos XVII e XVIII foram criando, pouco a pouco, a instituição que primeiro o Iluminismo e depois os reformadores do século XIX completariam, dando-lhe a forma final do cárcere. Assim, “a forma originária do cárcere moderno era solidamente ligada (...) às casas de correção manufatureiras”.

Consequência natural é que esse medida levasse ao excedente de mão-de-obra e foi o que de fato aconteceu no século XVIII, conforme explica Rusche e Kirchheimer (2004, pg. 125):

A casa de correção surgiu em uma situação social na qual as condições do mercado de trabalho eram favoráveis para as classes subalternas. Porém, esta situação mudou. A demanda por trabalhadores fora satisfeita e, eventualmente, produziu-se um excedente.

As políticas populacionais mercantilista, tais como o incentivo à natalidade e barreiras contra a emigração, podiam agora ser abandonadas.

No século XVIII, a base do sistema penal, fundada na necessidade de força de trabalho, estava desaparecendo conforme relata Rusche e Kirchheimer, 2004, pg. 123-124):

(...) as casas de correção haviam deixado seus dias de glória, quando eram limpas, ordeiras e bem administradas; e que, depois de espalhar-se por toda a Europa, o sistema gradualmente decaiu “até que, finalmente, chegou ao estado deplorável característico do século XVIII”.

A casa de correção caiu em decadência porque outras fontes melhores de lucros foram encontradas. “A demanda reduzida de tecelões depois do surgimento da máquina, que fazia o trabalho de vários homens, tornou crescentemente difícil

manter em trabalho lucrativo os internos das casas para pobres aptos ao trabalho” (Rusche e Kirchheimer, 2004, pg. 132)

O maior grau de pauperização se deu entre o final do século XVIII e início do XIX. Mais e mais as massas empobrecidas eram conduzidas ao crime. Delitos de propriedade cresceram consideravelmente em fins do século XVIII e pioraram durante as primeiras décadas do século XIX. Durante este período o número de condenações cresceu em torno de 540% (Rusche e Kirchheimer, 2004, pg. 132).

Ao mesmo tempo em que a população carcerária crescia, os governos reduziam o total de investimentos destinados a manter as prisões que tornaram-se superlotadas, frias, úmidas, cheia de vermes, doenças, mal cheiro e reduzidíssima quantidade de comida.

Vale ressaltar que outro fator que contribuiu para a degradação das casas de correção foi a atitude de transformá-las em locais indesejáveis e assim desestimular aqueles que queriam nelas ingressar.

Isso foi consequência do fato de que algumas casas de correção ofereciam boas condições aos internos, o que era um atrativo para as pessoas. Logo, as prisões não eram meio idôneo para dissuadir a prática de crimes, mas muito pelo contrário, havia quem cometesse crimes justamente para poder ingressar ou retornar à prisão.

Visando desestimular o interesse das pessoas em ingressar nestes locais, o pensamento que passou a dominar foi o de que a prisão para produzir efeitos deveria oferecer condições carcerárias inferiores às condições de trabalho livre. Isso foi conhecido como princípio da menor elegibilidade, outra grande contribuição de Rusche e Kirchheimer por analisar tal princípio em sua obra (2004, pg. 149-150):

Os pensadores enfatizavam o fato de que a grande maioria dos prisioneiros vinha dos estratos mais baixos da sociedade. A questão, então, era imaginar um tratamento que pudesse ter um efeito dissuasivo nesses estratos. Isto parece ter sido uma tarefa muito difícil, pois em toda parte encontramos queixas de que a pequena diferença entre as condições carcerárias e a existência normal era a razão maior para o rápido crescimento populacional na prisão.

Logo, todos concordavam em que nada além do mínimo deveria ser dado aos prisioneiros. “O limite mais alto para as despesas com os prisioneiros era, portanto, determinado pela necessidade de manter seu padrão de vida abaixo do padrão das classes subalternas da população livre” (Rusche e Kirchheimer, 2004, pg. 152)

Esta política de privação dos prisioneiros, o crescente número de condenados e a falta de lucratividade das prisões oriunda da introdução da máquina agravaram as condições de vida nelas, conforme observa Juarez Cirino dos Santos (2006a, pg. 66-67):

A revolução industrial do capitalismo no século XVII produz nova inversão na situação do mercado de trabalho, porque a introdução da máquina reduz a necessidade de mão-de-obra e produz o trabalhador abstrato – o assalariado permutável, disponível no mercado –, formando um excedente de mão-de-obra em condições de absoluta miserabilidade, mais tarde conhecido como *exército industrial de reserva*. E a prisão, institucionalizada como principal modalidade punitiva, perde seu caráter intimidante porque as condições de vida na prisão são superiores às do limiar inferior do desemprego e, para ajustar-se às necessidades do mercado, transforma-se em instrumento de terror: a prisão aplica a *tortura*, inventa o *confinamento solitário* e o castigo com o ‘trabalho inútil’ – em condições de força de trabalho excedente os custos de custódia são superiores ao valor produzido pelo trabalho do preso e, por isso, o trabalho forçado deixa de ser lucrativo.

A perda da lucratividade da prisão não gerou apenas a queda da qualidade de vida dos prisioneiros, como também passou-se a exercer tratamentos

cruéis sobre estes, visto que sua força de trabalho já não era mais necessária. Assim relata Rusche e Kirchheimer (2004, pg. 157-158):

Vimos que as casas de correção costumavam incentivar os internos para a grande indústria, pagando-lhes de acordo com seu trabalho ou dando-lhes uma parte dos lucros. Eles eram punidos somente se falhassem no desempenho de sua tarefa, seja por falta de habilidade ou por displicência. Agora que não dava mais lucro manter os prisioneiros ocupados, estes eram freqüentemente deixados no ócio, o que fazia aflorar toda a irresolvida questão do objetivo da pena, que assumia crescentemente um caráter repressivo e intimidatório.

Como o trabalho na prisão já não dava mais lucro, ele passou a ser introduzido como uma forma de punição, método de tortura. Foi caso, por exemplo, do moinho de roda, um método barato e fácil de forçar os presos ao trabalho e dissuadir as pessoas que poderiam ver “a prisão como um lugar para o seu último refúgio”. (Rusche e Kirchheimer, 2004, pg. 159)

Como a prisão não precisava mais poupar a força de trabalho, logo o encarceramento passou a significar além de privação de liberdade, um lugar de inflição de dor e privações, contrariamente a qualquer papel ressocializante. Melossi e Pavarini (2006, pg. 26) afirmam que:

O sistema carcerário oscila cada vez mais entre a perspectiva da transformação em organismo efetivamente produtivo, com base no modelo da fábrica externa – o que significa, porém, no regime moderno de produção, mover-se rumo a abolição do cárcere enquanto tal - a de caracterizar-se como mero instrumento de terror, inútil para qualquer finalidade ressocializante.

Por volta dos anos 1940, a população carcerária começa a diminuir. (Melossi e Pavarini, 2006, pg. 26). Esta diminuição é acompanhada pela adoção de medidas de controle penal em liberdade, como a liberdade condicional, a suspensão condicional da pena, logo, pode-se afirmar que estas medidas não foram criadas

visando beneficiar os condenados, mas sim aliviar o problema de superpopulação nas prisões. Ademais são métodos que permitem o controle sobre os indivíduos mesmo fora dos muros dos presídios.

Este breve relato histórico objetivou mostrar a origem das prisões vinculada à necessidade do novo modo de produção oriundo do capitalismo, de forma a suprir a deficiência de mão-de-obra, tanto com relação a sua quantidade como em relação a seu adestramento para o novo tipo de serviço a ser desempenhado. Vale ressaltar a importância da obra de Rusche e Kirchheimer para estas conclusões, pois eles inseriram as questões do crime e do controle social na estrutura econômica e no sistema do poder político e jurídico, fizeram a ponte entre mercado de trabalho e punição, trouxeram à tona as estreitas ligações entre necessidade de mão-de-obra oriunda do sistema capitalista de produção e a prisão. Qualquer discurso Iluminista que relacione o surgimento das prisões a sentimentos humanitários contra os suplícios da era medieval é um discurso falacioso.

2.1. Panorama social e ideológico

Com o capitalismo surge uma nova relação econômica e uma nova relação jurídica. Aquela é a relação entre o detentor dos meios de produção *versus* o trabalhador assalariado e esta é a relação firmada na noção de contrato.

A idéia de contrato social se baseia numa sociedade igualitária e livre, onde seus membros aderiram espontaneamente a este contrato, cedendo parcela de sua liberdade em nome da convivência pacífica.

O sistema capitalista de produção depende da separação trabalhador/meios de produção. O capitalista é o detentor dos meios de produção e precisa ter a sua disposição a força de trabalho do proletariado. Marx (1985, pg. 262) esclarece esse panorama:

(...) duas espécies bem diferentes de possuidores de mercadorias têm de defrontar-se e entrar em contato; de um lado, possuidores de dinheiro, meios de produção e meios de subsistência, que se propõem a valorizar a soma-valor que possuem mediante compra de força de trabalho alheia; do outro, trabalhadores livre, vendedores da própria força de trabalho e, portanto, vendedores de trabalho. Trabalhadores livre no duplo sentido, porque não pertencem diretamente aos meios de produção, como os escravos, os servos etc., nem os meios de produção lhes pertencem, como, por exemplo, o camponês economicamente autônomo etc., estando pelo contrário, livres, soltos e desprovidos deles. Com essa polarização do mercado estão dadas as condições fundamentais da produção capitalista. A relação-capital pressupõe a separação entre os trabalhadores e a propriedade das condições da realização do trabalho. Tão logo a produção capitalista se apóie sobre seus próprios pés, não apenas conserva aquela separação, mas a reproduz em escala sempre crescente. Portanto, o processo que cria a relação-capital não pode ser outra coisa que o processo de separação de trabalhador da propriedade das condições de seu trabalho, um processo que transforma, por um lado, os meios sociais de subsistência e de produção em capital, por outro, os produtores diretos em trabalhadores assalariados. Assim a chamada acumulação primitiva é, portanto, nada mais que o processo histórico de separação entre produtor e meio de produção. Ele aparece como 'primitivo' porque constitui a pré-história do capital e do modo de produção que lhe corresponde.

Ainda sobre esse aspecto, Juarez Cirino dos Santos (2006a, pg. 112-113) afirma:

O mais importante "fio invisível" de subordinação da classe trabalhadora é a separação *trabalhador/meios de produção*, base das relações de

produção capitalistas, seguido pela dependência do salário e pela competição no mercado de trabalho: a dependência do salário decorre da necessidade de consumo individual, cuja constante renovação requer a constante venda da força de trabalho; a competição no mercado de trabalho mantém o valor do salário no mínimo indispensável para a reprodução da força de trabalho – e, portanto, no máximo possível para a valorização do capital: o exército de reserva – e sua pressão sobre o exército ativo do trabalho, como uma barreira contra suas pretensões salariais – é um aspecto essencial dessa competição.

Quando os camponeses foram expropriados de suas terras, ou seja, quando perderam seus meios de produção, o único meio de subsistência foi vender ao capital nascente seu único bem, a força de trabalho. Logo, não há que se falar em liberdade de contratar, muito menos em igualdade de condições, pois de um lado estavam os detentores do capital e de outro os desapropriados dos meios de produção, cujo destino era a submissão àqueles.

Uma passagem de *O Capital* (Marx, v. 2, Pg. 262) revela a história desta expropriação:

O produtor direto, o trabalhador, somente pôde dispor de sua pessoa depois que deixou de estar vinculado à gleba e de ser servo ou dependente de outra pessoa. Para tornar-se livre vendedor de força de trabalho, que leva a sua mercadoria a qualquer lugar onde houver mercado para ela, ele precisava ainda ter escapado do domínio das corporações (...). Por outro lado, porém, esses recém-libertados só se tornam vendedores de si mesmos depois que todos os seus meios de produção e todas as garantias de sua existência, oferecidas pelas velhas instituições feudais, lhes foram roubados. E a história dessa expropriação está inscrita nos anais da humanidade com traços de sangue e fogo.

Portanto, esta liberdade do trabalhador, expressa na noção de contrato, é apenas aparente, pois sob ela reina uma coerção agora diferente, não mais jurídico-militar, não mais política, e sim econômica. Nesse sentido, Melossi e Pavarini (2006, pg. 50):

Na passagem da sociedade camponesa medieval para a sociedade burguesa industrial, o trabalhador não está mais sujeito a um vínculo direto e imediato com o senhor, vínculo esse jurídica e militarmente garantido e justificado, ao nível ideológico, por uma visão teocrática abrangente da vida. Ele deve ser conduzido, doravante, por uma força muito mais indireta, a da coação econômica.

O contrato de trabalho aparenta ser uma forma legal em que a coerção é substituída pela adesão querida, voluntária do trabalhador.

Na ordem capitalista a forma legal é o contrato de trabalho baseado na liberdade de contratar e na igualdade das partes, porém, como já se viu, é a coação econômica, a necessidade de obter recursos para a subsistência, que leva a pessoa a contratar, logo não há nem liberdade para contratar, já que o trabalhador não tem outra opção, nem igualdade entre as partes, pois o senhor do capital impõe suas regras no contrato de trabalho já que está em posição superior.

Ainda sobre a coação econômica exercida sobre o proletariado é importante salientar a lição de Juarez Cirino dos Santos(2006a, pg. 102):

(...) a troca de equivalentes (salário por força de trabalho) na esfera de circulação exclui a coação física na esfera de produção, substituída pela “coação das relações econômicas”. Assim, as relações de produção condicionam as relações de circulação, sob a forma do Direito “livre” e “igual”, produzindo, de modo crescente, desigualdade e crises sociais.

O Direito, portanto, é legitimador dessa nova relação socioeconômica, que com o discurso de igualdade cobre seu verdadeiro objeto que é a reprodução das relações sociais, a coação econômica sobre o proletariado e a exploração do trabalho deste através da mais-valia. Assim se pronuncia Cirino dos Santos (2006a, pg. 99-100):

A acumulação do capital ocorre no processo de produção, estruturada pelas relações de produção, mas sob a *mediação* do Direito, como *lei do modo de produção*, que coloca o trabalhador “livre” na esfera de circulação (mercado), onde ocorre a troca de “equivalentes”, ou seja, de

salário por força de trabalho, entre sujeitos livres e iguais. O Direito – ou a circulação – é intermediário necessário da produção capitalista, *no qual* nada ocorre, mas *pelo qual* tudo ocorre: a ideologia jurídica da *proteção geral* de sujeitos *livres e iguais*, vigentes na esfera do Direito-circulação-mercado, oculta a *desigualdade* das relações coletivas de produção (relações de classe), a *coação* das relações econômicas sobre o trabalhador e a *exploração* do trabalho pela apropriação de *mais-valia*, como trabalho não-remunerado.

Tal mudança socioeconômica logicamente reflete nas formas de punição do Estado. O poder de punir, como já dizia Foucault, deixa de ser considerado a vingança do soberano para ter a função de defesa da sociedade, com base no contrato social, meio idôneo para alcançar a pacífica convivência social. Assim relata Cirino dos Santos (2006a, pg. 75):

A nova “tecnologia do poder” da sociedade capitalista desloca o direito de punir, da vingança do soberano para a “defesa social” (...) com base na teoria do contrato social, segundo a qual a condição de membro do corpo social implica aceitação das normas sociais, e a violação dessas normas, a aceitação da punição.

Vale ressaltar que com o contrato social, qualquer afronta à sociedade será punida independentemente de quem for seu autor, daí a idéia de igualdade entre as partes neste contrato, já que é aplicado de forma igual a todos.

Foucault (1987, pg. 76) faz a seguinte relação entre a idéia de contrato social e o direito de punir:

Supõe-se que o cidadão tenha aceito de uma vez por todas, com as leis da sociedade, também aquela que poderá puni-lo. O criminoso aparece então como um ser juridicamente paradoxal. Ele rompeu o pacto, é portanto inimigo da sociedade inteira, mas participa da punição que se exerce sobre ele.

Pensadores da época, de base iluminista e com fundamento no contrato social, passaram a criticar o sistema de suplícios até então vigente,

demonstrando sua inutilidade na dissuasão com relação ao cometimento de delitos e revelava que se alcançaria a dissuasão não por meio da crueldade da punição, mas por sua certeza. É neste período que se iniciam as codificações.

Beccaria (2003, pg. 24), representante deste movimento, defende a idéia de dissuasão pela certeza da punição e afirma que “não é possível duvidar que, no espírito do que pensa cometer um crime, o conhecimento e a certeza das penas coloquem um freio à eloqüência das paixões”.

A pena adquire um novo sentido como reparação equivalente. O direito penal está ligado, historicamente, à idéia de vingança, e esta, por sua vez, à noção de reparação equivalente. Esta encontra terreno fértil no período mercantilista que se desenvolvia por meio da igualdade na troca de mercadorias.

Pasukanis (1989, pg. 147) explica a pena no contexto capitalista e afirma que a idéia jurídica de equivalência só se realiza “no estágio de desenvolvimento econômico no qual esta forma de equivalência torna-se costumeira como igualitarização nas trocas”.

Neste sentido, Cirino dos Santos (2006a, pg. 88):

(...) a troca “igual” exclui a vingança de sangue, primeiro pelo talião, mais tarde pela composição (reparação em dinheiro) e, finalmente, pela pena proporcional ou equivalente ao crime, *medida pelo tempo*, o critério geral de medida de valor. A origem da transição é identificada na *forma mercantil* de mediação das relações sociais: o fato do *crime* se configura como modalidade de circulação social e a instituição jurídica da *pena* como “*equivalente geral*” de troca do crime – assim como o dinheiro, equivalente geral de troca de mercadorias –, proporcionável em tempo com a mesma justeza da divisibilidade da moeda.

Com relação ao delito faz a seguinte exposição: “O delito pode ser considerado como uma variedade particular de circulação, na qual a relação de troca, a

relação contratual, é fixada pela ação arbitrária de uma das partes” (Pasukanis, 1989, 145-146).

A pena como privação da liberdade medida pelo tempo adquire a qualidade de equivalente a partir do momento em que o trabalho passa a ser medido pelo tempo (Pasukanis, 1989, pg. 159):

Para que a idéia de possibilidade de reparar o delito com a privação de um *quantum* de liberdade pudesse nascer, foi necessário que todas as formas concretas de riquezas social estivessem reduzidas à forma mais abstrata e mais simples – o trabalho humano medido em tempo.

Sobre o assunto, Cirino dos Santos (2006a, pg. 88):

A forma de equivalente penal, ou seja, da pena como retribuição proporcional do crime, está ligada ao critério geral de medida do valor da mercadoria, determinado pela quantidade de trabalho social necessário para sua produção: o “tempo médio” de dispêndio de energia produtiva.

No processo penal, uma das partes (a vítima) exige reparação, neste sentido, se torna evidente sua ligação íntima com a idéia de contrato (Pasukanis, 1989, pg. 155):

(...) o processo penal como forma jurídica é inseparável da figura da vítima exigindo “reparação” e, em consequência, da forma mais genérica do contrato. o promotor público demanda, como convém a uma “parte”, um “preço” elevado, ou seja, uma pena severa. O réu solicita indulgência, “uma redução”, e o tribunal se pronuncia com “equidistância”. Se rejeitarmos essa forma de contrato, retiraremos do processo penal toda a sua “alma jurídica.

O processo se desenrola com todas as formalidades que caracterizam uma relação contratual, mostrando que há uma justa equivalência no resultado final. É clara a lição de Pasukanis (1989, pg. 161):

(...) a justiça burguesa zela cuidadosamente para que o contrato com o delinqüente seja concluído dentro de todas as regras da arte, de forma que cada um possa convencer-se de que o pagamento é igualmente determinado (publicidade do processo judicial), e de que o delinqüente pode negociar livremente sua liberdade (processo contraditório), e que pode utilizar-se de um profissional tecnicamente preparado (admissão de advogados de defesa), bem como que cada um possa controlar a aplicação da lei. Em uma palavra, as relações entre o Estado e o delinqüente situam-se nos quadros de um negócio comercial legalmente estabelecido. É nisto que constituem as garantias do processo penal.

Considera-se que o infrator tem uma dívida a pagar e a moeda de troca é a sua liberdade (Pasukanis, 1989, pg. 165-166):

O indivíduo que está sendo submetido a uma ação de reeducação é posto na situação de um devedor que deve reembolsar suas dívidas. Não é por acaso que o termo “execução” é usado tanto para o cumprimento coativo das obrigações jurídicas privadas, como para as penas disciplinares. Exatamente a mesma coisa é expressa pelo termo “purgar suas penas”. O delinqüente que purgou sua pena retorna ao ponto de partida, ou seja, à existência individualista dentro a sociedade, à ‘liberdade’ de contratar obrigações e de cometer delitos.

Os teóricos do Iluminismo vêem na prisão o método correto de punição e lançam os princípios de legalidade, igualdade, proporcionalidade, codificação etc.

Conforme diziam Rusche e Kirchheimer (2004, pg. 109), “os fundamentos do sistema carcerário encontram-se no mercantilismo; sua promoção e elaboração foram tarefas do Iluminismo”.

Os iluministas não enxergaram ou não queriam enxergar a realidade das teorias que defendiam. Na verdade, o fim do suplício e o início da prisão não se deram em razão de sentimentos humanitários, mas porque a adoção da prisão seria o mais compatível com o novo sistema. Por isso Foucault (1987, pg. 70) realçava que “a conjuntura que viu nascer a reforma não é portanto a de uma nova sensibilidade; mas a de outra política em relação às ilegalidades”.

Ademais, a justiça continuou inacessível à população pobre, apesar de toda elaboração de princípios e garantias processuais. Nesse sentido, Rusche e Kirchheimer (2004, pg. 116-117):

Julgamentos públicos, livre escolha de um advogado, proteção contra o encarceramento ilegal, supressão da tortura, normas definidas para as provas; todas essas demandas foram feitas em nome da humanidade e do progresso humano, visando o benefício de todas as classes igualmente. Porém, a experiência mostrou que os efeitos dos novos procedimentos diferiram bastante entre as várias classes, a despeito de uma certa tendência para o crescimento de garantias gerais. Isto serviu para proteger, entre outros, aqueles membros da burguesia e da aristocracia que eram menos protegidos, de forma a dar-lhes garantias contra os entraves em sua liberdade de movimento e, também, facilitar-lhes suas atividades pouco reputáveis. As classes subalternas, de outro lado, raramente podiam desfrutar da máquina judicial complicada criada pela lei tanto para elas quanto para os ricos, por não disporem do saber ou dos recursos econômicos necessários.

Assim, a situação política colocou nas mãos da burguesia o controle da administração da justiça e a conservação da propriedade passou a ser a questão principal da sociedade.

2.2. A contribuição de Foucault para a compreensão da origem da prisão

Foucault relata que no fim do século XVIII e início do XIX, o ritual da punição em praças públicas começa a se extinguir, o festival de horrores com suas penas atrozes vai desaparecendo.

A punição toma ares comedidos, adquire-se, no dizer de Foucault (1987, pg. 12), “uma certa descrição na arte de fazer sofrer”.

Foucault (1987, pg. 13) relata que:

A punição vai-se tomando, pois, a parte mais velada do processo penal, provocando várias consequências: deixa o campo da percepção quase diária e entra no da consciência abstrata; sua eficácia é atribuída à sua fatalidade não à sua intensidade visível; a certeza de ser punido é que deve desviar o homem do crime e não mais o abominável teatro.

A pena deixou de ter caráter punitivo para assumir a função de corrigir, reeducar e curar, é o que Foucault denomina de “ortopedia moral”. E assim, o carrasco foi substituído por guardas, médicos, psiquiatras, educadores.

Não se pune apenas o fato delituoso, mas “julgam-se também as paixões, os instintos, as anomalias, as enfermidades, as inaptações, os efeitos de meio ambiente ou de hereditariedade” (Foucault, 1987, pg.19), que ao invés de explicar o ato, não passavam de maneiras de qualificar o indivíduo.

O corpo passa a ser objeto da punição para retirar dele alguma utilidade. Percebeu-se que era possível aproveitar aqueles corpos que estavam à disposição e utilizar suas energias de alguma forma, o que seria mais rentável do que exterminar aquelas forças.

Foucault (1987, pg. 25-26) fala de uma “economia política do corpo” que visa retirar dele utilidade, força, adestramento, submissão:

O corpo também está diretamente mergulhado num campo político; as relações de poder têm alcance imediato sobre ele; elas o investem, o marcam, o dirigem, o supliciam, sujeitam-no a trabalhos, obrigam-no a cerimônias, exigem-lhe sinais. Este investimento político do corpo está ligado (...) à sua utilização econômica; é, numa boa proporção, como força de produção que o corpo é investido por relações de poder e de dominação; mas em compensação sua constituição como força de trabalho só é possível se ele está preso num sistema de sujeição (onde

a necessidade é também um instrumento político cuidadosamente organizado, calculado utilizado); o corpo só se torna força útil se é ao mesmo tempo corpo produtivo e corpo submisso.

Criam-se técnicas para manipular, treinar o corpo, torná-lo hábil, obediente e dócil. O corpo dócil, no dizer de Foucault, é aquele corpo “que pode ser submetido, que pode ser utilizado, que pode ser transformado e aperfeiçoado” (1987, pg. 118).

Os corpos são geridos para fazer o que se quer e como se quer. Assim explica Foucault (1987, 118-119):

Uma “anatomia política”, que é também igualmente uma “mecânica do poder”, está nascendo; ela define como se pode ter domínio sobre o corpo dos outros, não simplesmente para que façam o que se quer, mas para que operem como se quer, com as técnicas, segundo a rapidez e a eficácia que se determina. A disciplina fabrica assim corpos submissos e exercitados, corpos “dóceis”. A disciplina aumenta as forças do corpo (em termos econômicos de utilidade) e diminui essas mesmas forças (em termos de obediência).

A disciplina, para extrair ao máximo docilidade e utilidade dos corpos, tem como método a distribuição dos indivíduos no espaço. Reúne os indivíduos em um local restrito, tais como as casas de correção (responsável pelo grande encarceramento de miseráveis e vagabundos) e outros locais mais insidiosos como os colégios, quartéis e as próprias fábricas, que pareciam uma cidade fechada, um convento, pois nada poderia interferir e prejudicar o desempenho dos operários. Estes lugares impunham suas próprias regras, dentre elas a regra do silêncio e da pontualidade, proporcionavam a fácil localização dos indivíduos, sendo que cada um ocupava um determinado lugar, sem agrupamentos, de forma a evitar a deserção, a aglomeração, a vadiagem, as

comunicações perigosas e ajudavam a classificar os indivíduos através do lugar que eles ocupam na série. (Foucault, 1987, pg. 121-125).

Todos os corpos estavam sob observação. A disposição dos indivíduos era feita de forma que todos ficassem visíveis. As fábricas, as prisões, os hospitais, as casas de educação eram arquitetadas para possibilitar uma visibilidade geral. O princípio prevalecente era o de “ver sem ser visto”. Estes locais eram aparelhos de observação, registro e treinamento.

Muda-se a tendência na arquitetura para possibilitar a observação dos que estão dentro dos lugares. Assim detalha Foucault (1987, pg. 144):

Toda uma problemática se desenvolve então: a de uma arquitetura que não é mais feita simplesmente para ser vista (fausto dos palácios), ou para vigiar o espaço exterior (geometria das fortalezas), mas para permitir um controle interior, articulado e detalhado – para tomar visíveis os que nela se encontram.

Na segunda metade do século XVIII privilegiava-se as arquiteturas circulares, que teve como modelo de maior destaque o panóptico de Bentham. Foucault (1987, pg. 165-166) faz a seguinte descrição desta construção:

O *Panóptico* de Bentham é a figura arquitetural dessa composição. O princípio é conhecido: na periferia uma construção em anel; no centro, uma torre; esta é vazada de largas janelas que se abrem sobre a face interna do anel; a construção periférica é dividida em celas, cada uma atravessando toda a espessura da construção; elas têm duas janelas, uma para o interior, correspondendo às janelas da torre; outra, que dá para o exterior, permite que a luz atravesse a cela de lado a lado. Basta então colocar um vigia na torre central, e em cada cela trancar um louco, um doente, um condenado, um operário ou um escolar.

Ainda sobre o panóptico, Foucault acrescenta (1987, pg. 166):

A disposição de seu quarto, em frente da torre central, lhe impõe uma visibilidade axial; mas as divisões do anel, essas celas bem separadas,

implicam uma invisibilidade lateral. E esta é a garantia da ordem. Se os detentos são condenados não há perigo de complô, de tentativa de evasão coletiva, projeto de novos crimes para o futuro, más influências recíprocas; se são doentes não há perigo de contágio; loucos, não há risco de violências recíprocas; crianças, não há 'cola', nem barulho, nem conversa, nem dissipação. Se são operários, não há roubos, nem conluíus, nada dessas distrações que atrasam o trabalho, tornam-no menos perfeito ou provocam acidentes.

O modelo panóptico é feito de forma que da torre central tudo se veja, mas que das celas não seja possível ver dentro da torre. Assim, o indivíduo nunca sabe se há ou não alguém na torre a vigia-lo. O poder é visível, mas inverificável. Visível porque tem-se a imagem da torre de observação e inverificável porque o interno nunca sabe se está sendo vigiado, mas tem a certeza de que sempre pode sê-lo.

O importante é que o interno se saiba vigiado. Foucault (1987, pg. 166) considerada este efeito o mais importante deste sistema:

Daí o efeito mais importante do Panóptico: induzir no detento um estado consciente e permanente da visibilidade que assegura o funcionamento automático do poder. Fazer com que a vigilância seja permanente em seus efeitos, mesmo se é descontínua em sua ação.

Observando-se os indivíduos é possível conhecer seus comportamentos, sua eficiência para o trabalho, seus hábitos, ou seja, a visibilidade fornece um conhecimento sobre o indivíduo.

A prisão torna-se um aparelho de saber. Exerce-se um poder sobre o corpo para construir um saber que reproduzirá este poder. O "saber" do corpo e o controle de suas forças constituem a "tecnologia política do corpo".

Cirino dos Santos (2006a, pg. 64) explica a relação poder-saber evidenciada por Foucault: "O poder político e o saber científico aparecem como

fenômenos interligados: o poder produz o saber adequado ao seu domínio (ideologia) e o saber reproduz o poder que o produz, nas relações entre classes e grupos sociais”.

Neste contexto, a prisão apresenta as seguintes características: isolamento, trabalho e duração do castigo (Foucault, 1987, pg. 199-206).

Primeiramente, a prisão isola os condenados do mundo exterior e também isola-os uns dos outros, deixando do outro lado de seus muros os fatores que motivaram a infração e também as cumplicidades.

Privilegia-se a solidão, que suscitará a reflexão e, conseqüentemente, o remorso, propiciando a reforma do indivíduo, e a regra do silêncio absoluto, segunda a qual os detentos não podem comunicar-se entre si, só podendo dirigir-se aos guardas (comunicação vertical). Assim se evitará complôs, revoltas e cumplicidades futuras.

Foucault (1997, pg. 200) explica que:

A prisão deve ser um microcosmo de uma sociedade perfeita onde os indivíduos estão isolados em sua existência moral, mas onde sua reunião se efetua num enquadramento hierárquico estrito, sem relacionamento lateral, só se podendo fazer comunicação no sentido vertical.

Desta forma, pode-se dizer que o isolamento caracteriza-se pela reunião sem comunicação, garantido por um controle ininterrupto, com a finalidade de reformar o condenado para reinseri-lo na sociedade.

A segunda característica, o trabalho, é outro recurso utilizado para a transformação do delinqüente.

Verificava-se neste sistema, “coincidentemente”, que os indivíduos mais hábeis para o trabalho eram os piores elementos, logo os que precisariam de mais tempo para serem ressocializados, ou seja, ficavam mais tempo na prisão.

Foucault (1987, pg. 204) relata como o trabalho na prisão era justificado pelo poder:

(...) efetivamente, quando o homem possui apenas “os braços como bens”, só poderá viver “do produto de seu trabalho, pelo exercício de uma profissão, ou do produto do trabalho alheio, pelo ofício do roubo”; ora, se a prisão não obrigasse os malfeitores ao trabalho, ela reproduziria em sua própria instituição, pelo fisco, essa vantagem de uns sobre o trabalho dos outros: “A questão da ociosidade é a mesma que na sociedade; é do trabalho dos outros que têm que viver os detentos, se não vivem do seu próprio”.

Por fim, tem-se a duração do castigo: a prisão permite quantificar as penas. Ocorre que, a pena não é medida pela intensidade do dano, mas pelo tempo considerado necessário para transformar o indivíduo. Os efeitos do encarceramento que determinará as agravações, atenuações na duração da pena. Desta forma, nunca se saberá de antemão o tempo de detenção, ficando a critério do sistema, com base em suas avaliações sobre o progresso do indivíduo, determinar, arbitrariamente, a duração da pena.

A prisão, como já foi visto, é gerida pela política do poder-saber, local de observação e análise dos indivíduos e de formação de um saber clínico sobre estes. Por isso, o panóptico se tornou o modelo ideal das prisões no século XIX.

Segundo Foucault (1987, pg. 208), “a prisão, local de execução da pena, é ao mesmo tempo local de observação dos indivíduos punidos. Em dois sentidos. Vigilância, é claro. Mas também conhecimento de cada detento”.

Logo em seguida, ainda no século XIX, o sistema carcerário passou a receber duras críticas. Na verdade, a prisão sempre viveu entre altos e baixos, conforme revela Foucault (1987, pg. 221):

Estranhamente, a história do encarceramento não segue uma cronologia ao longo da qual se sucedessem logicamente: o estabelecimento de uma penalidade de detenção, depois o registro de seu fracasso; depois a lenta subida dos projetos de reforma, que chegariam à definição mais ou menos coerente de técnica penitenciária; depois a implantação desse projeto; enfim a constatação de seus sucessos ou fracassos.

As principais críticas eram de que a prisão não reduzia a taxa de criminalidade, provocava a reincidência, favorecia a organização de delinquentes para cumplicidades futuras, o trabalho não tinha caráter educativo, a corrupção dos guardas etc.

Foucault (1987, pg. 222) relata a crítica que se fazia ao efeito da prisão como reprodutora de delinquentes:

A prisão não pode deixar de fabricar delinquentes. Fabrica-os pelo tipo de existência que faz os detentos levarem: que fiquem isolados nas celas, ou que lhes seja imposto um trabalho inútil (...) é de qualquer maneira não “pensar no homem em sociedade”.

Sobre a reincidência, comenta Foucault (1987, pg. 223):

As condições dadas aos detentos libertados condenam-nos fatalmente à reincidência: porque estão sob a vigilância da polícia; porque têm designação de domicílio, ou proibição de permanência; porque só ‘saem da prisão com um passaporte que têm que mostrar em todo lugar onde vão e que menciona a condenação que sofreram.

A falta de assistência à família do preso também é fator que colabora para a reincidência (Foucault, 1987, pg. 223):

Enfim a prisão fabrica indiretamente delinquentes, ao fazer cair na miséria a família do detento: “A mesma ordem que manda para a prisão o chefe de família reduz cada dia a mãe à penúria, os filhos ao abandono, a família inteira à vagabundagem e à mendicância. Sob esse ponto de vista o crime ameaça prolongar-se”.

A solução dada pelo sistema a estas críticas foi a de retomar os princípios da técnica penitenciária, tais como, o princípio da correção, classificação, trabalho como obrigação e direito, educação penitenciária etc., ou seja, utiliza o discurso de sempre.

Neste sentido, Foucault (1987, pg. 223):

Há um século e meio que a prisão vem sempre sendo dada como seu próprio remédio; a reativação das técnicas penitenciárias como a única maneira de reparar seu fracasso permanente; a realização do projeto corretivo como o único método para superar a impossibilidade de torná-lo realidade.

Diante disso, Foucault (1987, pg. 226) questiona se o pretenso fracasso da prisão não faz parte de seu próprio funcionamento:

(...) talvez devamos inverter o problema e nos perguntar para que serve o fracasso da prisão; qual é a utilidade desses diversos fenômenos que a crítica, continuamente, denuncia: manutenção da delinquência, indução em reincidência, transformação do infrator ocasional em delinquência. Talvez devamos procurar o que se esconde sob o aparente cinismo da instituição penal que, depois de ter feito os condenados pagar sua pena, continua a segui-los através de toda uma série de marcações (...) e que persegue assim como “delinquente” aquele que quitou sua punição como infrator?

A prisão, ao aparentemente fracassar, não erra seu objetivo. Se o fracasso é útil para a prisão, significa que sua intenção verdadeira não é reduzir os crimes nem ressocializar o preso, sua intenção é, pois, gerir as ilegalidades para reproduzir as relações de poder.

Neste sentido, Foucault (1987, pg. 232) afirma:

A delinquência, ilegalidade dominada, é um agente para a ilegalidade dos grupos dominantes. A implantação das redes de prostituição no século XIX é característica a respeito: os controles de polícia e de saúde sobre as prostitutas, sua passagem pela prisão, a organização em grande escala dos lupanares (...), tudo isso permitia canalizar e

recuperar, através de uma série de intermediários, os enormes lucros sobre um prazer sexual (...), na constituição de lucro da sexualidade reprimida e na recuperação desse lucro, o meio delinqüente era cúmplice de um puritanismo interessado: um agente fiscal ilícito sobre práticas ilegais. Os tráficos de armas, os de álcool nos países de lei seca, ou mais recentemente os de droga, mostrariam da mesma maneira esse funcionamento da "delinqüência útil" a existência de uma proibição legal cria em torno dela um campo de práticas ilegais, sobre a qual se chega a exercer controle e a tirar um lucro ilícito por meio de elementos ilegais, mas tomados manejáveis por sua organização em delinqüência. Esta é um instrumento para gerir e explorar as ilegalidades.

A prisão fabrica uma ilegalidade fechada, separada e útil e seu efeito não é a reinserção, mas a desinserção através da estigmatização, do desemprego (decorrente do preconceito de se contratar um egresso), dentre outros. A delinqüência, portanto, é um efeito do sistema e também seu instrumento para garantir a ilegalidade da classe dominante.

3. Teorias legitimadoras do sistema penal

3.1. Teorias da dogmática jurídico-penal e sua crítica

Este item pretende abordar as teorias da pena no contexto social, apontando o antagonismo entre o discurso penal e a realidade da pena. O discurso aponta as funções declaradas da pena, e aqui, procurar-se-á revelar suas funções latentes, com a contribuição fundamental dos ensinamentos de Juarez Cirino dos Santos.

3.1.1. Teorias Absolutas

Inicia-se a análise das teorias legitimadoras pelas teorias absolutas da pena. Estas teorias consideram a pena como um fim em si mesmo, ela é consequência lógica e necessária da infração. Ela não precisa ter uma utilidade, idéia essa que se contrapõe às teorias relativas ou finalistas, que serão analisadas a seguir.

Segundo Zaffaroni (2001, pg. 81), “o pensamento retributivo corresponde em sua versão pura às teorias absolutas da pena, quando esta se impõe

como necessidade não suscetível de ser provada empiricamente, e sim através de mero processo lógico-dedutivo”.

Os dois principais representantes desta teoria são Georg Wilhelm Friedrich Hegel e Immanuel Kant.

Kant traz a idéia da retribuição moral, do “imperativo categórico”, ou seja, a pena é um fim em si mesmo, ela não precisa ter uma finalidade, ela não é imposta para trazer um benefício à sociedade ou ao culpado, ela deve ser imposta simplesmente porque houve uma infração. Ela basta em si mesma como realização da justiça.

Já Hegel fala na retribuição jurídica. A pena é uma exigência da razão, e não um mandado de justiça ao qual a pena deve atender, conforme formulava Kant. O delito é a negação do direito e a pena é a negação da negação do direito, ou seja, a pena é a reafirmação do direito (Queiroz, 2005, pg. 21):

(...) o delito é uma violência contra o direito, a pena uma violência que anula aquela primeira violência; é, assim, a negação da negação do direito (segundo a regra, a negação da negação é a sua afirmação). A pena é, portanto, a restauração positiva da validade do direito.

Pode-se apontar as seguintes falhas e conseqüentes críticas às teorias absolutas: a retribuição só é plausível se compreendida como um ato de fé, ela não é sustentável racionalmente, pois não é razoável que para pagar por um mal cometido seja aplicado um segundo mal, ademais, a pena retributiva tem como fundamento o juízo de culpabilidade baseado no livre-arbítrio, que é impossível de ser comprovado empiricamente.

Sobre estas críticas à retribuição, Juarez Cirino dos Santos tece os seguintes comentários (2006b, pg. 455-456):

(...) retribuir, como método de expiar ou de compensar *um mal* (o crime) com *outro mal* (a pena), pode corresponder a uma *crença* – e, nessa medida, constituir um *ato de fé* –, mas não é democrático nem científico. Não é democrático porque no Estado Democrático de Direito o poder é exercido em nome do povo – e não em nome de Deus – e, além disso, o Direito Penal não tem por objetivo realizar vinganças, mas proteger bens jurídicos. Por outro lado, não é científico porque a *retribuição* do crime pressupõe um dado indemonstrável: a *liberdade de vontade* do ser humano, pressuposta no *juízo de culpabilidade* (...) não admite prova empírica.

Paulo Queiroz (2005, pg. 27-31) acrescenta outras críticas: a) tal teoria não explica porque se deve impor uma pena a alguém ao invés de perdoá-lo ou de aplicar outro instrumento que não a pena; b) supõe um conceito absoluto de delito, quando se sabe que a idéia de infração penal varia no tempo e no espaço, ademais o delito não existe ontologicamente, mas decorre de processos de criminalização primária e secundária; c) desconhece a natureza fragmentária e subsidiária do direito penal; o conceito absoluto de pena não tem amparo legal, é o caso, por exemplo, da extinção de punibilidade, prevista no art. 107 do Código Penal, pela *abolitio criminis*, prescrição, decadência, perdão judicial etc.

A teoria absoluta aceita a ordem imposta, é uma concepção acrítica do Direito, desconsidera a realidade, o progresso criminológico e as cifras negras que revelam que somente excepcionalmente aplica-se a pena.

3.1.2. Teorias Relativas

Para a teoria relativa a pena deve ter uma utilidade, alcançar uma determinada finalidade. As finalidades da pena podem ser de Prevenção Geral e de Prevenção Especial. Aquela se dirige à generalidade das pessoas, aos infratores potenciais e esta visa atingir a pessoa já condenada.

Por sua vez, a Prevenção Geral se divide em negativa e positiva. A negativa visa desencorajar a generalidade das pessoas a cometer delitos, enquanto a positiva visa fortalecer os valores ético-sociais que a norma exprime.

O maior expoente da **Prevenção Geral Negativa** foi Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach, que encontrava a prevenção do delito na coação psicológica. Para ele, a sensualidade é causa ou a motivação psicológica dos crimes, logo, para evitar os delitos necessário seria imprimir um contra-impulso ao impulso da sensualidade e este contra-impulso, que intimida a todos, é a certeza da aplicação da pena.

Segundo Feuerbach, a pena, com sua função intimatória, faria com que o infrator potencial controlasse seus impulsos e, assim, não praticaria o crime, podendo manter seus valores e defeitos.

As críticas à teoria de Feuerbach seriam as seguintes: 1) pune-se alguém não em consideração a si próprio, mas considerando os outros, pois a punição daquele visa desestimular os outros de praticar crimes e, não é justo impor um mal a alguém para que outros possivelmente se omitam da prática de crimes; 2) não está

comprovado que a pena desestimula comportamentos criminosos; 3) não define quais comportamentos devem ser intimidados, dando uma margem muito ampla de atuação ao Estado que pode agir sempre que achar que conveniente.

Cirino dos Santos (2006b, pg. 459-460) aponta dois obstáculos insuperáveis desta teoria:

(...) primeiro, a falta de *critério limitador* da pena transforma a prevenção geral *negativa* em verdadeiro terrorismo estatal – como indica, por exemplo, a *lei de crimes hediondos*, essa frustrada inovação do legislador brasileiro; segundo, a natureza *exemplar* da pena como prevenção geral *negativa* viola a dignidade humana, porque *acusados reais* são punidos de forma *exemplar* para influenciar a conduta de *acusados potenciais*, ou seja, aumenta-se injustamente o sofrimento de acusados reais para desestimular o comportamento criminoso de acusados potenciais.

Quanto à **Prevenção Geral Positiva**, o propósito que ela dá à pena é de “infundir na consciência coletiva a necessidade de respeito a determinados valores, exercitando a fidelidade ao direito; promovendo, em última análise, a integração social” (Queiroz, 2005, pg. 37).

Segundo Durkheim, o delinquente afeta a coesão social, logo a pena restauraria esta coesão, a integridade dos sentimentos coletivos lesados, provocando a estabilização social.

As teorias mais significativas a respeito deste tipo de prevenção foram elaboradas por Hans Welzel e Günther Jakobs.

Segundo Welzel, a norma penal cumpre a função de fortalecer a consciência de fidelidade jurídica; antes de evitar resultados lesivos seu objetivo é assegurar a vigência dos valores éticos. Assim, por exemplo, ao criminalizar o homicídio, antes de prevenir a lesão à vida, fortalece o sentimento de respeito à vida.

Desta forma, relega a proteção dos bens jurídicos a segundo plano, já que o objetivo primeiro é proteger valores.

A teoria de Welzel falha, pois, o direito penal não infundi na consciência das pessoas os valores ético-sociais. Exemplo disso é o aborto. Ninguém se abstém de praticá-lo por influência da norma penal; quando esta abstenção ocorre é por motivos religiosos, morais, que nada tem a ver com a intervenção da norma.

Mas, mesmo que o direito penal atingisse tais finalidades, nada justificaria sua intervenção, não é razoável que se sacrifique a liberdade de um indivíduo na tentativa de infundir valores sociais na coletividade.

Já Jakobs se baseia na teoria sistêmica de Luhmann, afirmando que a violação da norma frustra as expectativas sociais e, portanto, a pena é o meio necessário para estabilizar estas expectativas, conforme explica Paulo Queiroz (2005, pg. 43):

A pena, ou mais precisamente, a norma penal, aparece como uma necessidade funcional ou, ainda, como uma necessidade sistêmica de estabilização de expectativas sociais, cuja vigência é assegurada ante às frustrações que decorrem da violação das normas.

A pena restabelece a confiança na norma e assim produz a estabilidade do sistema. Contudo, na realidade a regra não é a aplicação da norma, conforme demonstram as cifras negras. “Vale dizer, as frustrações normativas nos contatos sociais é o mais comum, apesar das normas. A regra, em qualquer sociedade, é a imunidade (= impunidade) ao sistema penal, e não o contrário” (Queiroz, 2005, pg. 48).

Jakobs rejeita o bem jurídico tanto como objeto de proteção como critério de criminalização. O bem jurídico passa a ser a norma jurídica, conforme ressalta Cirino dos Santos (2006b, pg. 461):

Nesse sentido, a pena criminal definida como prevenção geral positiva, realiza a função de *afirmar a validade da norma* penal violada; por outro lado, a norma penal reafirmada pela pena criminal, é definida como *bem jurídico-penal* – um conceito que substitui o conceito de *bem jurídico*, considerado inútil pelo autor.

No entanto, o conceito de bem jurídico não pode ser excluído, ele é fundamental nas sociedades estruturadas na relação capital/trabalho assalariado.

Ademais, Jakobs defende a absurda teoria do direito penal do inimigo. Defendendo esses tipos de idéias dá para considerá-lo como o verdadeiro inimigo.

Critica-se esta teoria, primeiramente, porque ela parte da concepção de que o delito é disfuncional ao sistema, quando se sabe que, na verdade, ele é, como já dizia Durkheim, um acontecimento normal na sociedade.

Questiona-se a necessidade da pena para estabilizar a norma. A norma uma vez violada admite uma variedade de formas de restauração de sua validade que não a pena.

Outro problema das teorias de base sistêmica é que o direito não serve ao homem, mas ao sistema. O direito, desta forma, não visa a solução de conflitos nem a proteção de bens jurídicos. Com isso, corre-se o risco de punir ações que não lesionaram ninguém, mas simplesmente são punidas porque a punição é útil ao sistema. É um direito penal máximo e ilimitado.

Outra incoerência desta teoria é que para estabilizar o sistema ela não aponta soluções estruturais, mas individuais, é através da punição do homem e não de

modificações no sistema que este permaneceria estabilizado. O homem é punido, mas não faz parte do conflito, ele não é o destinatário das medidas adotadas, mas sim o sistema.

Passando agora para a análise da **Prevenção Especial** deve-se, primeiramente, ressaltar que a finalidade da pena para esta teoria é impedir que uma pessoa que já praticou um crime venha cometer outro delito, ou seja, a função da pena é evitar a reincidência.

A pena pode ter o sentido de tratamento do delinqüente, através de medidas terapêuticas, visando a sua ressocialização ou até mesmo no sentido de segregação. Disso decorre a indeterminação da pena, pois ela deve durar enquanto durar o tratamento.

Cirino dos Santos (2006b, pg. 457) destaque as duas dimensões da prevenção especial:

(...) por um lado, a prevenção especial *negativa* de segurança social através da *neutralização* (ou da *inocuidade*) do criminoso, consistente na incapacitação do preso para praticar novos crimes contra a coletividade social durante a execução da pena; por outro lado, a prevenção especial *positiva* de *correção* (ou de *ressocialização*, ou de *reeducação* etc.) do criminoso, realizada pelo trabalho de psicólogos, sociólogos, assistentes sociais e outros funcionários da *ortopedia moral* do estabelecimento penitenciário, durante a execução da pena.

É grande a influência dessa teoria nas legislações atuais, é o caso, por exemplo, do art. 1º da Lei nº 7.210/1984 – Lei de Execuções Penais – que dispõe que o objetivo da execução penal é a integração social do condenado.

A primeira falha que se pode apontar é que só se preocupa com aqueles que já delinqüiram, o que a deslegitima como teoria do direito penal, pois só opera no momento da execução da pena.

Não explica a intervenção penal no delinqüente ocasional, que não voltará a delinqüir. Se é assim, a pena seria desnecessária.

Com relação à prevenção especial negativa Fábio da Silva Bozza (2005, pg.35) traz o seguinte alerta:

(...) essa função de evitar a criminalidade do indivíduo pela neutralização é válida, mas somente em parte. O sujeito que é inserido no sistema penal deixa de praticar delitos apenas em meio às pessoas que estão em liberdade. No entanto, até por uma questão de sobrevivência, aprende a praticar os delitos típicos da situação daqueles que estão encarcerados: uso de entorpecentes, lesões corporais em pessoas de gangues rivais, pequenas fraudes para que agentes penitenciários permitam maior flexibilidade no sistema da disciplina etc.

É manifestamente um direito penal do autor, pois atribui uma pena mais longa aos sujeitos mais perigosos e mais curta aos que apresentam menor grau de periculosidade, “o infrator passa a responder, não propriamente pelo o que fez, mas pelo que é, interpretando-se a sua personalidade como indicativa da periculosidade” (Queiroz, 2005, pg. 59).

Ao defender que o sujeito precisa ser ressocializado, reeducado, não atenta para o fato de que na verdade o crime não decorre de fatores pessoais, mas da seleção feita pelos órgãos de controle.

O Estado não tem o direito de mudar a personalidade dos indivíduos e nem conseguiria tal intento. Estes têm o dever de não cometer crimes, mas podem ser interiormente maus.

Tal questão é suscitada por Paulo Queiroz (2005, pg. 59):

(...) o Estado, que não tem o direito de forçar os cidadãos a não serem malvados, senão só impedir que se danem entre si, tampouco tem o direito de alterar – reeducar, redimir, recuperar, ressocializar ou outras idéias semelhantes – a personalidade dos réus. E o cidadão, se bem

que tem o dever jurídico de não cometer fatos delitivos, tem o direito de ser interiormente malvado e de seguir sendo o que é.

Ademais é incoerente educar para a liberdade em condições de não-liberdade, ainda mais na situação em que se encontram as prisões, que são verdadeiras escolas do crime.

Sobre a prevenção especial negativa (neutralização), Juarez Cirino dos Santos (2006b, pg. 475) explica que apesar de a princípio parecer incontestável, pois impede a prática de crimes fora da prisão, apresenta várias contradições: a prisão produz reincidência, provoca a desclassificação social objetiva do condenado e uma auto-imagem de criminoso, produz a desintegração social do condenado que perde seu lugar de trabalho, os laços familiares, afetivos e sociais, leva consigo hábitos adquiridos na vida prisional, provoca deformações psíquicas e emocionais, propicia o ingresso em carreiras criminais.

Com relação à crítica à prevenção especial positiva (tratamento curativo), o fracasso histórico do projeto técnico-corretivo da prisão fala por si.

A prisão produz no indivíduo o processo de desculturação e de aculturação, ou seja, o indivíduo desaprende os valores da convivência em sociedade e se adapta à cultura da prisão.

É oportuno salientar os ensinamentos de Juarez Cirino dos Santos (2006b, pg. 478) sobre estes processos:

(...) a prisão introduz o condenado em duplo processo de transformação pessoal, de *desculturação* pelo desaprendizado dos valores e normas de convivência social, e de *aculturação* pelo aprendizado de valores e normas de sobrevivência na prisão, a *violência* e a *corrupção* – ou seja, a prisão só ensina a viver na prisão. Em poucas palavras, a prisão *prisionaliza* o preso que, depois de aprender a viver na prisão, retorna

para as mesmas condições sociais adversas que determinam a criminalização anterior.

Diante de tudo o que foi exposto, fica evidente a falsidade do discurso que legitima a pena como necessária para reinserir o delinqüente na sociedade, pois é objetivo do próprio sistema penal reproduzir a criminalidade e, cai a máscara do discurso segundo o qual a prisão traz segurança à sociedade ao manter os delinqüentes na prisão, visto que, conforme demonstra as cifras negras, a maioria esmagadora dos infratores não são punidos e aqueles que são acabam sendo encaminhados pela prisão às carreiras criminosas.

3.1.3. Teorias Unitárias

Por fim, cabe ainda mencionar as teorias unitárias que unificam as teorias anteriores, buscando superar suas deficiências quando analisadas isoladamente.

Paulo Queiroz (2005, pg. 62) faz a seguinte observação sobre as teorias unificadoras:

(...) a pena é conceitualmente uma retribuição jurídica, mas retribuição que somente se justifica se e quando necessária à proteção da sociedade, vale dizer, é uma retribuição a serviço da prevenção geral e/ou especial de futuros delitos. A retribuição há de ser, nesse sentido, o limite máximo da prevenção, de sorte a coibir os possíveis excessos de uma política criminal orientada exclusivamente pela idéia da prevenção.

Para esclarecer a relação destas três funções da pena (prevenção geral, prevenção especial e retribuição), vale mencionar uma passagem na obra de Juarez Cirino dos Santos (2006b, pg. 463-464):

Em outra perspectiva, essa tríplice função da pena corresponderia aos três níveis de realização do Direito Penal: a função de prevenção geral negativa corresponde à *cominação* da ameaça penal no tipo legal; a função de retribuição e a função de prevenção geral positiva correspondem à *aplicação* judicial da pena; a função de prevenção especial positiva e negativa corresponde à *execução* penal.

Os representantes desta teoria variam em suas posições, ora privilegiando uma função ora outra. Aqui será feita uma breve análise da posição de dois representantes desta teoria: Claus Roxin e Luigi Ferrajoli.

Roxin considera as funções da pena em três momentos: na sua cominação, aplicação e execução (Paulo Queiroz, 2005, pg.64-67).

A função do direito penal é garantir condições de existência que satisfaçam as necessidades vitais, portanto, o direito penal só deve atuar nas infrações a bens jurídicos que afetem a vida social ordenada. Daí Roxin privilegiar nesta primeira etapa (cominação) a prevenção geral subsidiária.

No segundo momento, o da aplicação da pena, a função desta continua sendo a prevenção geral, pela confirmação da ameaça da pena. Mas, ele mescla a prevenção geral com a especial. A pena intimida o delinqüente a não reincidir, ao mesmo tempo que transmite segurança à sociedade, pelo menos enquanto ele estiver preso.

Para limitar a prevenção geral Roxin pensa ser indispensável a culpabilidade, a pena não pode ultrapassar a medida da culpa. Expiar as tendências criminosas de outros é atentar contra a dignidade humana, por isso a pena deve ser

medida conforme a culpa do sujeito e não ter como medida a intimidação aos potenciais criminosos.

Por último tem-se a execução da pena. Neste momento visa-se a reintegração do delinqüente na sociedade. No entanto, estaria proibido um tratamento que interferisse na personalidade do sujeito, como por exemplo, castrar um delinqüente sexual ou realizar uma operação cerebral para tornar um sujeito mais pacífico.

Para Ferrajoli o único fim que a pena deve perseguir é a prevenção geral negativa. Contudo, esta não deve se limitar à prevenção de delitos futuros, mas deve também ser empregada para evitar reações públicas ou privadas que derivariam de uma omissão do sistema penal. A pena preveniria assim delitos e castigos injustos.

A prevenção geral de delitos determinaria o limite mínimo da pena, enquanto que a prevenção a reações informais determinaria o seu limite máximo.

Ferrajoli, porém, duvida da idoneidade do direito penal para prevenir futuros delitos. Não acredita muito na eficácia do direito penal para dissuadir comportamentos criminosos, mas acredita sim na sua eficácia de prevenir vinganças e reações arbitrárias.

Paulo Queiroz (2005, pg. 71) explica a posição de Ferrajoli:

Em conclusão: a lei penal representa, no seu sentir, a “lei do mais débil (ou mais fraco)” – débil, quando ofendido ou ameaçado pelo delito, assim como débil, quando ofendido ou ameaçado pela vingança – lei do mais débil que se dirige, assim, à proteção dos direitos fundamentais destes contra a violência arbitrária do mais forte, sendo que no momento do crime, o mais fraco é a vítima; no momento do processo, o réu, em face do Estado, o mais forte. Portanto, fim geral do direito penal é, segundo FERRAJOLI, impedir que os indivíduos façam justiça por suas próprias mãos, ou, ainda, minimizar ou controlar a violência.

A crítica que se faz à Ferrajoli é de que a função da pena como prevenção geral de delitos, conforme visto acima, é indemonstrável empiricamente. E como as reações arbitrárias nada mais são que crimes, também, da mesma forma, a prevenção geral não seria idônea para dissuadir tais comportamentos, conforme leciona Paulo Queiroz (2005, pg. 75-76):

Prevenir reações arbitrárias e prevenir delitos são, em última análise, uma só e mesma coisa. Seja como for, se o direito penal não é útil à prevenção de delitos – ou muito se desconfia da sua capacidade dissuasiva –, não há porque se acreditar que, diferentemente, seja idôneo para essa segunda tarefa que se lhe atribui enfaticamente: prevenir reações informais.

Além do que, não há certeza de que a reação da vítima será a de vingança. Geralmente as vítimas tentam superar a agressão sofrida pelo perdão, pelo esquecimento, por crença na justiça divina, pela reparação do dano, terapia etc. De outro lado, mesmo que haja a condenação do infrator, na maioria dos casos ele não sofre represálias, linchamento etc. Um fator que contribui para a revolta da população contra um determinado infrator é a intensidade com que a mídia divulga o crime. O sensacionalismo só gera mais agressões.

Com relação às críticas às teorias unificadoras, de uma forma geral, vale tudo o que foi dito especificamente para as teorias analisadas nos itens anteriores. Não é porque estas teorias foram combinadas que seus defeitos desaparecem. Ademais, elas são incompatíveis entre si.

3.2. Teorias Criminológicas

3.2.1. Criminologia Clássica

Surge a partir do século XVIII e primeira metade do XIX, no período em que a burguesia ganha o poder econômico e, conseqüentemente, o poder político, e os camponeses são expulsos do campo e se tornam proletários.

Tem por base o pacto social, pressupondo uma relação como a do contrato, ou seja acordo livre entre partes iguais.

Lola Aniyar de Castro (2004, pg. 12) revela que esta aparente liberdade tinha conotações diferentes para a burguesia e para o proletariado: para a primeira significava “condições para o livre desenvolvimento do mercado”; já para o segundo significava “a necessidade de vender sua força de trabalho”.

O que era reconhecido como liberdade de contratar, para o proletariado, na verdade, era sua sujeição decorrente da necessidade de vender sua força de trabalho.

Surgem as leis contra a vadiagem, códigos penais liberais, as garantias processuais, os princípios, tais como o da legalidade, da não retroatividade, da equivalência entre delito e pena (liberdade como valor de troca).

Surgem também instituições para excluir a mão-de-obra excedente (Centro de Recuperação) ou ensinar a disciplina da fábrica (Centros de Trabalho). Naquelas são mantidos os pobres culpados, nestas os pobres inocentes.

Os principais representantes da Escola Liberal Clássica são Bentham, Feuerbach e Beccaria.

Para esta escola o delito é um ente jurídico, autônomo, não está vinculado à personalidade do delinqüente, a seus fatores biológicos, psicológicos ou ao contexto social em que este se insere, ele decorre da livre vontade do sujeito. Logo, a pena não tinha a finalidade de reformar o delinqüente, pois ele era considerado um ser normal como qualquer outro, sua função, na realidade, era a de proteger a sociedade.

Alessandro Baratta (2002, pg. 31) explica a teoria da Escola Clássica da seguinte forma:

(...) não considerava o delinqüente como um ser diferente dos outros, não partia da hipótese de um rígido determinismo, sobre a base do qual a ciência tivesse por tarefa uma pesquisa etiológica sobre a criminalidade, e se detinha principalmente sobre o delito, entendido como conceito jurídico, isto é, como violação do direito e, também, daquele pacto social (...) o delito surgia da livre vontade do indivíduo, não de causas patológicas, e por isso, do ponto de vista da liberdade e da responsabilidade moral pelas próprias ações, o delinqüente não era diferente, (...), do indivíduo normal. Em consequência o direito penal e a pena eram considerados pela Escola Clássica não tanto como meio para intervir sobre o sujeito delinqüente, modificando-o, mas sobretudo como instrumento legal para defender a sociedade do crime, criando, onde fosse necessário, um dissuasivo, ou seja, uma contramotivação em face do crime. Os limites da sanção e do exercício do poder eram assinalados pela necessidade ou utilidade da pena e pelo princípio da legalidade.

Ressalta-se, por fim, que nesta linha de pensamento a medida do delito era o dano social e a justificativa da pena a defesa da sociedade.

3.2.2. Criminologia Positivista

Surge no final do século XIX e começo do XX, no âmbito do positivismo naturalista, do prestígio das ciências naturais, da experimentação, do fisicalismo, da matemática, da taxinomia.

O objeto da Criminologia Positiva é o estudo das causas da criminalidade, analisadas de um ponto de vista patológico e adota uma linguagem médica: tratamento, diagnóstico etc. O crime é uma patologia, oriunda de características biológicas e psicológicas, que diferenciam os indivíduos em normais e criminosos.

Analisa-se não o delito, mas as características do delinqüente. Nesta linha, Alessandro Baratta (2002, pg. 29) explica que esta Criminologia: “(...) tem por objeto não propriamente o delito, considerado como conceito jurídico, mas o homem delinqüente, considerado como um indivíduo diferente e, como tal, clinicamente observável”.

A partir daí, já é possível delinear as diferenças com a teoria anterior. A Escola Clássica tem como objeto, mais que o criminoso, o próprio crime, com base no livre-arbítrio (o crime decorre da livre vontade do agente) e sustenta a igualdade substancial entre criminosos e não-criminosos, ou seja, o delinqüente não é um ser diferente dos demais. Já a Criminologia Positivista tem por objeto o delinqüente, que passa por um diagnóstico que desvendará as causas da criminalidade. Parte do determinismo: o sujeito que apresenta certas características biológicas ou psicológicas está determinado, destinado a cometer crimes, logo cometer crimes não depende de

sua livre vontade. Assim aqueles que não apresentam estas deficiências são os sujeitos normais, enquanto os delinquentes são sujeitos anormais, por isso da classificação que a teoria faz entre criminosos (normais) e não-criminosos (anormais).

Neste sentido, eis a lição de Alessandro Baratta (2002, pg. 38):

A reação ao conceito abstrato de indivíduo leva a Escola positiva a afirmar a exigência de uma compreensão do delito que não se prenda à tese indemonstrável de uma causação espontânea mediante um ato de livre vontade, mas procure encontrar todo o complexo das causas na totalidade biológica e psicológica do indivíduo, e na totalidade social que determina a vida do indivíduo.

Apesar das diferenças, estas teorias têm uma coisa em comum: ambas afirmam a ideologia da defesa social.

Representantes desta Criminologia são: Escola sociológica francesa (Gabriel Tarde), Escola Social na Alemanha (Franz Von Liszt), Escola Positiva na Itália (Cesare Lombroso, Enrico Ferri, Raffaele Garófalo).

Lombroso se baseia na Antropologia para definir as causas da criminalidade. Cria sua teoria em cima do determinismo biológico e distingue seis grupos de delinquentes: o nato ou atávico, o louco moral (doente), o epilético, o louco, o ocasional e o passional.

Antonio Garcia-Pablos Molina (2002, pg. 192) explica o conceito de delinquentes natos na teoria lombrosiana:

Dentro da teoria lombrosiana da criminalidade ocupa um lugar destacado a categoria do delincente "nato", isto é, uma subespécie ou subtipo humano (dentre os seres vivos superiores, porém sem alcançar o nível superior do "homo sapiens"), degenerado, atávico (produto da regressão, não de evolução das espécies), marcado por uma série de "estigmas", que lhe delatam e se transmitem por via hereditária.

Molina (2002, pg. 193) também traça as características do delinqüente elaboradas por Lombroso:

De acordo com seu ponto de vista, o delinqüente padece uma série de estigmas degenerativos comportamentais, psicológicos e sociais (fronte esquiva e baixa, grande desenvolvimento dos arcos supraciliais, assimetria cranianas, fusão dos ossos atlas e occipital, grande desenvolvimento das maçãs do rosto, orelhas em forma de asas, tubérculo de Darwin, uso freqüente de tatuagens, notável insensibilidade à dor, instabilidade afetiva, uso freqüente de um determinado jargão, altos índices de reincidência).

Enfim, para Lombroso o criminoso nato é aquele ser que não evoluiu, como uma criança ou um louco, e que apresenta lesões cerebrais.

Ferri, ao contrário de Lombroso, não restringe a explicação da criminalidade aos fatores antropológicos. Para ele o crime resulta de diversos fatores: individuais, físicos e sociais.

Molina (2002, pg. 195) explica a concepção de delito para Ferri:

O delito, para Ferri, não é um produto exclusivo de nenhuma patologia individual (o que contraria a tese antropológica de Lombroso), senão – como qualquer outro acontecimento natural ou social – resultado da contribuição de diversos fatores: individuais, físicos e sociais. Distinguiu, assim, fatores antropológicos ou individuais (constituição orgânica do indivíduo, sua constituição psíquica, características pessoais como raça, idade, sexo, estado civil etc.), fatores físicos ou telúricos (clima, estações, temperatura etc.) e fatores sociais (densidade da população, opinião pública, família, moral, religião, educação, alcoolismo etc.).

Ferri é tão determinista a ponto de afirmar que poderia saber de antemão a quantidade de delitos que ocorreria numa determinada sociedade e em determinado momento apenas analisando estes fatores.

Para Garófalo, a característica do criminoso não é uma enfermidade mental, mas psíquica ou moral, conforme explica Molina (2002, pg. 199):

O característico da teoria de Garófalo é a fundamentação do comportamento e do tipo criminoso em uma suposta anomalia – não patológica – *psíquica ou moral*. Trata-se de um déficit na esfera moral da personalidade do indivíduo, de base orgânica, endógena, de uma mutação psíquica (porém não de uma enfermidade mental), transmissível por via hereditária e com conotações atávicas e degenerativas.

Garófalo tem uma posição extremista, pois, para ele, assim como a natureza elimina os seres que não se adaptam ao meio, o Estado deve eliminar as pessoas que não se adaptam às regras de convivência social.

Diante de tudo o que já foi explanado, pode-se concluir que, para a Criminologia Positiva, a principal função da pena não é segregar o delinqüente da sociedade dissuadindo os possíveis infratores, mas sim realizar um tratamento curativo e reeducativo sobre o delinqüente.

A partir deste objetivo da pena é possível delinear as primeiras críticas a esta teoria: a pena não é proporcional ao dano, ela é medida pelo tempo necessário para se transformar o delinqüente, sendo assim, sua duração é indeterminada, ficando a critério dos operadores do tratamento definir, com base em seu “achismo”, o tempo em que o sujeito ficará privado de sua liberdade.

A Criminologia Positivista não questiona o ordem legal dada, não questiona o Direito Penal, mas, ao contrário, é instrumento deste, exercendo mera função auxiliar. Ela empresta do Direito Penal as definições da realidade para, então, lhes dar uma explicação científica-naturalística, e os sujeitos que estuda são aqueles já selecionados pelo sistema penal.

Neste sentido, vale apontar a crítica de Alessandro Baratta (2002, pg. 40):

Os sujeitos que observava clinicamente para construir a teoria das causas da criminalidade eram indivíduos caídos na engrenagem judiciária e administrativa da justiça penal. Sobretudo os clientes do cárcere e do manicômio judiciário, indivíduos selecionados daquele complexo sistema de filtros sucessivos que é o sistema penal. Os mecanismos seletivos que funcionam nesse sistema, da criação das normas à sua aplicação, cumprem processos de seleção que se desenvolvem na sociedade, e para os quais, como se verá logo, o pertencimento aos diversos estratos sociais é decisivo.

A Criminologia Positivista considera o crime ontologicamente, como sendo preexistente à reação social e ao direito penal, quando se sabe que na verdade o delito é fruto dos processos de criminalização¹ (primária e secundária) realizados pelo sistema penal.

3.2.3. Teoria Estrutural-Funcionalista da Anomia e da Criminalidade

Teoria estrutural-funcionalista: introduzida por Émile Durkheim e desenvolvida por Robert King Merton. Constitui a primeira alternativa à concepção biopsicológica e, conseqüentemente, do princípio do bem e do mal.

¹ "Todas as sociedades contemporâneas que institucionalizam ou formalizam o poder (estado) selecionam um reduzido número de pessoas que submetem à sua coação com o fim de impor-lhes uma pena. Esta seleção penalizante se chama *criminalização* e não se leva a cabo por acaso, mas como resultado da gestão de um conjunto de *agências* que forma o *sistema penal* (...) O processo seletivo de criminalização se desenvolve em duas etapas denominadas, respectivamente, *primária* e *secundária*. *Criminalização primária* é o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de pessoas (...) Enquanto a criminalização primária (elaboração de leis penais) é uma declaração que, em geral, se refere a condutas e atos, a *criminalização secundária* é a ação punitiva exercida sobre as pessoas concretas, que acontece quando as agências policiais detectam uma pessoa que supõe-se tenha praticado certo ato criminalizado primariamente, a investigam, em alguns casos privam-na de sua liberdade de ir e vir, submetem-na à agência judicial, que legitima tais iniciativas e admite um processo" (Zaffaroni *et alii*, 2003, pg. 43)

Para Durkheim as causas do desvio não estavam em fatores biológicos, psicológicos nem em uma patologia da estrutura social. O delito é um fenômeno normal da sociedade, só deixando de sê-lo quando ultrapassar certos limites, atingindo o estado de anomia.

Alessandro Baratta (2002, pg. 59-60) explica a teoria de Durkheim:

Somente quando são ultrapassados determinados limites, o fenômeno do desvio é negativo para a existência e o desenvolvimento da estrutura social, seguindo-se um estado de desorganização, no qual todo o sistema de regras de conduta perde valor, enquanto um novo sistema ainda não se afirmou (esta é a situação de "anomia"). Ao contrário, dentro de seus limites funcionais, o comportamento desviante é um fator necessário e útil para o equilíbrio e o desenvolvimento sócio-cultural.

O delito contribui com a sociedade ao provocar a reação social, pois esta mantém vivo o sentimento coletivo que sustenta a conformidade às normas.

Durkheim não via o delinquente como ser anti-social, parasitário, corpo estranho ao seio da sociedade, mas como um agente regulador da vida social.

Para Merton a origem dos comportamentos desviantes está no fato de a cultura estabelecer determinadas metas e os meios legítimos para alcançá-las, porém a estrutura social oferece em graus diferentes o acesso a estes meios, assim aqueles que não conseguem alcançar as metas pelos meios legítimos podem tentar alcançá-las por meios não legitimados. Merton estabelece cinco modos de reagir a esta situação: o sujeito pode ter um comportamento de conformidade, inovação, ritualismo, apatia ou rebelião.

Sobre isso, Ana Lucia Sabadell (2005, pg. 84):

A sociedade é estruturada de tal forma, que os meios socialmente admitidos não permitem a todos os indivíduos (e nem sequer à maioria) alcançar a meta cultural. Disto resulta um desajuste entre os fins e os

meios. Este desajuste propicia o aparecimento de condutas que vão desde a indiferença perante as metas impostas pelo *american dream* até a tentativa de alcançar tais metas recorrendo a meios diversos daqueles socialmente prescritos.

O comportamento corresponde ao ato delituoso é o “inovador”. Segundo Sabadell (2005, pg. 85), neste caso, o indivíduo concorda com as metas estabelecidas, mas não tem acesso aos meios legítimos, assim, “no momento em que percebe que os meios legítimos não estão a seu alcance, o indivíduo tenta atingir as metas servindo-se de meios socialmente reprováveis”.

No entanto, ao contrário do que possa se pensar, esta desproporção entre meios e metas é reconhecida, por Merton, como um fenômeno normal, desde que não atinja o nível da anomia. Logo, o desvio também é algo absolutamente normal na sociedade.

Para iniciar as críticas à teoria funcionalista é necessário trazer à tona os ensinamentos de Edwin Sutherland, que em sua teoria da “associação diferencial” traz uma alternativa àquela teoria.

Sutherland analisa a cifra negra da criminalidade de colarinho branco, revelando a discrepância entre as estatísticas oficiais da criminalidade e a criminalidade oculta. Demonstra que não só a classe baixa pratica crimes, mas também pessoas da alta sociedade os praticam, o que ocorre é que apenas a criminalidade da classe baixa é perseguida, trazendo a falsa idéia de que o crime é produto da falta de oportunidade de se alcançar as metas estabelecidas.

A teoria de Sutherland revela que o funcionalismo de Merton não explica a criminalidade de colarinho branco, pois os agentes destes crimes têm acesso aos meios legítimos.

Por isso, a criminalidade de colarinho branco é um corpo estranho à teoria de Merton. Esta só é adequada para explicar a criminalidade das camadas mais baixas. Na realidade, esta teoria tem “uma função ideológica estabilizadora”, com efeito de legitimar e “de consolidar a imagem tradicional da criminalidade, como própria do comportamento e do *status* típico das classes pobres na nossa sociedade, e o correspondente recrutamento efetivo da ‘população criminosa’ destas classes”. (Baratta, 2002, pg. 67)

Relembrando, o objetivo da teoria funcionalista ao punir é manter o equilíbrio do sistema, o consenso social. A pena não tem a finalidade de prevenir delitos, nem de ressocializar o preso, mas simplesmente de contribuir para o funcionamento do sistema.

O homem é reduzido a segundo plano, privilegiando-se o sistema, conforme ensina Zaffaroni (2001, pg. 87):

(...) perdem-se todos os limites às garantias consideradas tradicionalmente como “liberais”, tais como o bem jurídico, os requerimentos objetivos, etc., abrindo-se a possibilidade de se imporem penas a ações meramente imorais que não lesam nenhum bem jurídico alheio, de se outorgarem a relevância e a primazia a dados subjetivos de ânimo e de se defender um critério de pena de caráter meramente utilitário ou instrumental para o “sistema”.

O funcionalismo reconhece a falsidade do discurso, mas afirma que assim deve ser para o bem do sistema, não importa se há sacrifício do homem em função disso. Eis a lição de Zaffaroni (2001, pg. 87):

(...) o discurso sistêmico, apesar de reconhecer tanto a falsidade do discurso jurídico-penal tradicional como os dados reais deslegitimadores do exercício do poder do sistema penal, responde, simplesmente, que é necessário que assim seja por ser funcional para a manutenção do “sistema social”, única coisa que importa ou, pelo menos, a mais importante.

A teoria funcionalista considera a sociedade uma grande máquina e os indivíduos as suas peças. Assim, os indivíduos devem sempre atuar em função da máquina, mesmo que isso signifique sacrificar os direitos humanos.

3.2.4. Teoria da Subcultura

A teoria da subcultura teve início com Sutherland e Cohen, mas depois foi sofrendo algumas alterações com Matza e Sykes. Todos estes pontos de vista serão abordados a partir de agora.

Como foi visto acima, Sutherland fez um estudo sobre a criminalidade de colarinho branco e denunciou as estatísticas oficiais que apenas tratam da criminalidade da classe baixa. Critica, então, as teorias anteriores principalmente por elas se omitirem a respeito da criminalidade da alta sociedade e reclama por uma teoria que explique o crime em todos os setores da sociedade.

Alessandro Baratta (2002, pg. 71-72) faz a seguinte análise de Sutherland:

Sutherland desenvolveu uma crítica radical daquelas teorias gerais do comportamento criminoso, baseadas sobre condições econômicas (a pobreza), psicopatológicas ou sociopatológicas. Estas generalizações, afirma Sutherland, são errôneas por três razões. Em primeiro lugar, porque se baseiam sobre uma falsa amostra de criminalidade, a criminalidade oficial e tradicional, onde a criminalidade de colarinho branco é quase que inteiramente descuidada (...) Em segundo lugar, as teorias gerais de comportamento criminoso não explicam corretamente a criminalidade de colarinho branco, cujos autores, salvo raras exceções, não são pobres, não cresceram em slums, não provêm de famílias desunidas, e não são débeis mentais ou psicopatas. Enfim, aquelas

teorias não explicam nem mesmo a criminalidade dos estratos inferiores (...) somente podem explicar as características da criminalidade dos que pertencem aos estratos inferiores (por exemplo, porque estes se dedicam ao furto com arrombamento, ou ao roubo à mão armada, mais que a delitos conexos com falsas declarações), mas estes fatores específicos não se enquadram em uma teoria geral que esteja em condições de explicar tanto a criminalidade dos estratos “inferiores” quanto a criminalidade de colarinho branco.

Sutherland elabora em sua teoria da associação diferencial que “a criminalidade, como qualquer outro modelo de comportamento, se aprende (aprendizagem de fins e técnicas) conforme contatos específicos aos quais está exposto o sujeito, no seu ambiente social e profissional” (Baratta, 2002, pg. 66).

Esta fórmula de Sutherland atinge o objetivo que ele desejava, ou seja, criar uma teoria geral para todos os crimes. A aprendizagem ocorre tanto no meio social da classe privilegiada como na dos setores desfavorecidos.

O aprendizado se dá através do contato com aqueles que já praticaram um comportamento criminoso. O fato de alguém tornar-se criminoso depende da frequência e da intensidade com que ele se relaciona com o comportamento criminoso e comportamento conforme a lei. Este processo é chamado de associação diferencial.

A pesquisa de Sutherland sobre as cifras negras da criminalidade é de fundamental importância para a crítica do sistema penal. Ela demonstrou que a criminalidade não é um comportamento típico apenas dos indivíduos provenientes da classe baixa conforme demonstra as estatísticas oficiais.

Neste sentido, Alessandro Baratta (2002, pg. 102):

De fato, sendo baseadas sobre a criminalidade identificada e perseguida, as estatísticas criminais, nas quais a criminalidade de colarinho branco é representada de modo enormemente inferior à sua calculável “cifra negra”, distorceram até agora as teorias da criminalidade, sugerindo um quadro falso da distribuição da

criminalidade nos grupos sociais. Daí deriva uma definição corrente da criminalidade como um fenômeno concentrado, principalmente, nos estratos inferiores, e pouco representada nos estratos superiores e, portanto ligada a fatores pessoais e sociais correlacionados com a pobreza, aí compreendidos, observa Sutherland, “a enfermidade mental, o desvio psicopático, a moradia em *slum* e a ‘má’ situação familiar”.

Vários são os fatores que contribuem para o crime de colarinho branco não ser punido (Baratta, 2002, pg.102):

(...) natureza social (o prestígio dos autores das infrações, o escasso efeito estigmatizante das sanções aplicadas, a ausência de um estereótipo que oriente as agências oficiais na perseguição das infrações, como existe, ao contrário, para as infrações típicas dos estratos mais desfavorecidos), ou de natureza jurídico-formal (a competência de comissões especiais, ao lado da competência de órgãos ordinários, para certas formas de infrações, em certas sociedades), ou, ainda, de natureza econômica (a possibilidade de recorrer a advogados de renomado prestígio, ou de exercer pressões sobre os denunciante etc).

Passa-se agora à análise da teoria de Cohen. Ele estudou a subcultura dos bandos juvenis, conforme explica Alessandro Baratta (2002, pg. 73):

A questão fundamental posta por Cohen refere-se às razões de existência da subcultura e do seu conteúdo específico. Estas razões são individualizadas (de maneira diferente, mas complementar à teoria de Merton) reportando a atenção às características da estrutura social. Esta última induz, nos adolescentes da classe operária, a incapacidade de se adaptar aos standards da cultura oficial, e além disso faz surgir neles problemas de status e de autoconsideração. Daí, deriva uma subcultura caracterizada por elementos de “não-utilitarismo”, de “malvadeza” e de “negativismo” que permite, aos que dela fazem parte, exprimir e justificar a hostilidade e a agressão contra as causas da própria frustração social.

A grande contribuição da teoria das subculturas foi mostrar que as técnicas de aprendizado e de interiorização das regras de comportamento são as mesmas tanto para o comportamento delituoso como para o normal e, revelou que a

escolha individual ou a determinação da vontade é relativa. Neste último aspecto, a teoria das subculturas nega o princípio da culpabilidade.

Alessandro Baratta (2002, pg. 73-74) esclarece a situação:

Sob este ponto de vista, a teoria das subculturas criminais nega que o delito possa ser considerado como expressão de uma atitude contrária aos valores e às normas sociais gerais, e afirma que existem valores e normas específicos dos diversos grupos sociais (subcultura). Estes, através de mecanismos de interação e de aprendizagem no interior dos grupos, são interiorizados pelos indivíduos pertencentes aos mesmos e determinam, portanto, o comportamento, em concurso com os valores e as normas institucionalizadas pelo direito ou pela moral “oficial”. Não existe, pois, *um* sistema de valores, ou *o* sistema de valores, em face dos quais o indivíduo é livre de determinar-se, sendo culpável a atitude daqueles que, podendo, não se deixam “determinar pelo valor”, como quer uma concepção antropológica da culpabilidade, cara principalmente para a doutrina penal alemã, (concepção normativa, concepção finalista).

Resumindo, a culpabilidade é fundada na responsabilidade do indivíduo por praticar um ato espontâneo contra os valores sociais gerais. Contudo, a teoria das subculturas mostrou que, na sociedade, há diversos valores segundo os diversos grupos existentes. O indivíduo que pertence a uma determinada subcultura vai aderir aos valores desta subcultura. Logo, sua liberdade em optar por um determinado valor é relativa, pois é fortemente influenciado pelos valores de seu grupo, assim, a culpabilidade como liberdade de agir contra ou a favor dos valores sociais não procede.

Sobre o assunto, Baratta (2002, pg. 74) relata da seguinte forma:

Só aparentemente está à disposição do sujeito escolher o sistema de valores ao qual adere. Em realidade, condições sociais, estruturas e mecanismos de comunicação e de aprendizagem determinam a pertença de indivíduos a subgrupos ou subculturas, e a transmissão aos indivíduos de valores, normas, modelos de comportamento e técnicas, mesmo ilegítimos.

Vale ressaltar que os valores sociais correspondem, acriticamente, ao conjunto de valores protegidos pelo sistema penal. Acredita-se que os modelos de comportamento estabelecidos pelo Direito Penal são aqueles compartilhados pela sociedade, ou pelo menos, pela maioria de seus membros. De outro lado, “uma minoria representaria, ao contrário, a culpável e reprovável rebelião a respeito dos valores, orientando o próprio comportamento, mesmo podendo fazer diversamente” (Baratta, 2002, pg. 74-75). Nisso consistiria o princípio do mínimo ético protegido pelo Direito Penal.

Segundo o discurso, os valores e modelos impostos pelo Direito Penal correspondem aos valores que o legislador encontra preconstituído e que são aceitos pela maioria dos consócios. No então, a investigação sociológica mostra o contrário (Baratta, 2002, pg. 75):

a) no interior de uma sociedade moderna existem, em correspondência à sua estrutura pluralista e conflitual, em conjunto com valores e regras sociais comuns, também valores e regras específicas de grupos diversos e antagônicos; b) o direito penal não exprime, pois, somente regras e valores aceitos unanimemente pela sociedade, mas seleciona entre valores e modelos alternativos, de acordo com grupos sociais que, na sua construção (legislador) e na sua aplicação (magistratura, polícia, instituições penitenciárias), têm um peso prevalente.

A sociedade é formada por diversos grupos antagônicos, logo não há que se falar em valores comuns à maioria de seus membros. O Direito Penal se diz protetor destes valores, quando se sabe que, na verdade, os valores que ele protege são os da classe detentora do poder, baseados na separação trabalhador/meios de produção e, que visa a reprodução das relações sociais desiguais.

Um outro enfoque da teoria das subculturas é dado por Sykes e Matza: **as técnicas de neutralização.**

As técnicas de neutralização consistem na justificação que o delinqüente dá para o fato de haver delinqüido.

Baratta (2002, pg. 78-79) traça algumas justificações dadas pelo infrator:

a) *exclusão da própria responsabilidade*, com a qual o delinqüente interpreta a si mesmo mais como arrastado pelas circunstâncias (...); b) *negação de ilicitude*: (...) o delinqüente interpreta as suas ações como somente proibida, mas não imorais ou danosas, e aplica uma série de redefinições (por exemplo, um ato de vandalismo é definido como simples “perturbação da ordem”, um furto de automóvel como “tomar emprestado” (...); c) *negação de vitimização*: a vítima é interpretada como um indivíduo que merece o tratamento sofrido, que não representa uma injustiça, mas uma punição justa; d) *condenação dos que condenam*, ou seja, a atenção negativa dirigida aos fatos e às motivações dos cidadãos obedientes da lei, que desaprovam o comportamento do delinqüente, e que são “hipócritas”, assim como as instâncias de controle social: a polícia (que é corrupta), os mestres (que são imparciais), os pais (que sempre desabafam sobre os filhos) etc.; e) *apelo a instâncias superiores*: com esta técnica, as normas, as expectativas e os deveres que derivam da sociedade em geral, ainda que aceitos, são sacrificados em favor de normas, expectativas e deveres de fidelidade e de solidariedade, que derivam de pequenos grupos sociais aos quais o delinqüente pertence: os irmãos, a *gang*, o círculo de amigos.

Cláudia Maria Cruz Santos (2001, pg. 130-131) aborda algumas técnicas de neutralização da criminalidade de colarinho branco:

A negação da responsabilidade, por exemplo, poderia justificar o comportamento do funcionário da organização que desrespeita a lei no interesse desta; com efeito, que outra coisa poderia ele fazer para não perder o seu emprego? E também o apelo a lealdades superiores parece um expediente idôneo a desdramatizar a prática do crime que beneficia a organização empregadora. Já a negação do dano seria a técnica utilizada nas infrações, como a publicidade enganosa ou a venda de produtos ligeiramente defeituosos, cujas conseqüências se multiplicam por um número indeterminado de sujeitos, não causando, todavia, um especial mal a ninguém. Uma terceira técnica de neutralização – a negação da vítima – verificar-se-ia quanto aos crimes de colarinho branco que são, simultaneamente, de “vítima abstracta”, como a fraude fiscal ou o desvio na obtenção de subsídios. (...) Finalmente, a recusa da legitimidade punitiva dos julgadores é uma

técnica de neutralização particularmente compreensível quanto a condutas que, já o dissemos, podem suscitar dúvidas quanto à sua qualificação como crimes, para além de serem vistas como de prática comum – o raciocínio do delinqüente poderia ser o seguinte: "se todos fogem ao fisco, por que razão devo eu declarar todos os meus rendimentos?"

A própria subcultura é uma técnica de neutralização, "visto que nada permite uma tão grande capacidade de atenuar os escrúpulos e de procurar proteção contra os remorsos do superego, quanto o apoio enfático, explícito e repetido, e a aprovação por parte de outras pessoas" (Baratta, 2002. pg. 81).

A diferença da teoria de Sykes e Matza para a versão de Sutherland e Cohen é que o sujeito se torna delinqüente através do aprendizado destas técnicas de neutralização e não tanto mediante a aprendizagem de valores e atitudes contrárias aos da sociedade dominante. Agora, o que se aprende são as justificações.

Também divergem de Sutherland e Cohen quando afirmam que o delinqüente possui os mesmos valores do cidadão conformista, conforme expõe Cláudia Maria Cruz Santos (2001, pg. 129):

Para Matza e Sykes, o delinqüente não só é um cidadão absolutamente normal (despido de qualquer patologia ao nível endógeno ou de uma incorrecta socialização) como, para além disso, partilha dos mesmos valores que o cidadão conformista. Esta última nota afasta-os, sobretudo, das teorias subculturais; eles entendem, com efeito, que, numa sociedade progressivamente uniformizada em virtude da influência dos meios de comunicação e da cada vez maior mobilidade dos sujeitos, torna-se difícil defender a existência de culturas isoladas e impermeáveis a influências do exterior. É, aliás, por partilhar dos valores da cultura convencional que o delinqüente tem necessidade de recorrer às técnicas de neutralização de culpa – elas servem para justificar seus actos à luz daquelas valorações.

A teoria das subculturas é criticada por não fornecer, da mesma forma que as teorias anteriores, uma explicação e uma alternativa às condições socioeconômicas. Alessandro Baratta (2002, pg. 82) aponta as seguintes críticas:

A teoria das subculturas, ao contrário, detém a sua análise ao nível sócio-psicológico das aprendizagens específicas e das reações de grupo (...). Permanece, pois, limitada a um registro meramente descritivo das *condições econômicas* das subculturas, que não se liga nem a uma teoria explicativa, nem a um interesse político alternativo, em face destas condições. Estas são, desse modo, acriticamente postuladas como quadro estrutural dentro do qual se insere e funciona uma teoria criminológica de médio alcance: ou seja, uma teoria que parte da análise de determinados setores da fenomenologia social (como seria, no nosso caso, os fenômenos da criminalização e da pena) para permanecer, no próprio contexto explicativo, dentro dos limites do setor examinado.

A grande falha da teoria das subculturas reside no fato de terem herdado da teoria funcionalista o paradigma etiológico. Ambas teorias aceitam, acriticamente, a qualidade criminosa dos comportamentos examinados, não abordando o problema das relações sociais e econômicas.

3.2.5. Criminologia Interacionista/da Reação Social/*Labeling Approach*

A Criminologia da Reação Social desloca a análise do sujeito criminalizado para o sistema penal e os processos de criminalização, põe em relevo a questão da definição legal do delito, elabora a teoria da rotulação, enfim substitui o paradigma etiológico pelo paradigma da reação social, provocando uma revolução na Criminologia.

Cláudia Maria Cruz Santos (2001, pg. 138) fala sobre esta transição no objeto de estudo:

Com efeito, deslocou a atenção, nas pesquisas criminológicas, do agente da infração para sistema de aplicação da justiça. E assim, a partir dos anos 60, em causa deixou de estar apenas o agente, com seus condicionalismos endógenos ou vítima de um determinismo sociológico – aparecendo o agente como alguém de diferente, de “anormal”, relativamente ao homem comum – ,e passaram a estar na berlinda as próprias instâncias formais de controlo, cuja actuação desigualitária, patente numa seleção da criminalidade, levaria à aplicação apenas a alguns da etiqueta de criminosos.

Supera-se o determinismo e a consideração do delinqüente como um indivíduo diferente. O crime deixa de ser considerado ontologicamente, ou seja, como sendo preconstituído às definições legais, e passa a ser considerado como um comportamento definido pelo Direito.

A Criminologia deixa de ser instrumento do Direito Penal e este passa a ser seu objeto de estudo. O Labeling Approach analisa a atividade das instâncias oficiais e desvenda sua função de seleção de sua clientela.

Alessandro Baratta (2002, pg. 86) traz as seguintes informações:

(...) não se pode compreender a criminalidade se não se estuda a ação do sistema penal, que a define e reage contra ela, começando pelas normas abstratas até a ação das instâncias oficiais (polícia, juízes, instituições penitenciárias que as aplicam), e que, por isso, o status social de delinqüente pressupõe, necessariamente, o efeito da atividade das instâncias oficiais de controle social da delinqüência, enquanto não adquire esse status aquele que, apesar de ter realizado o mesmo comportamento punível, não é alcançado, todavia, pela ação daquelas instâncias (...) Neste sentido, o labeling approach tem se ocupado principalmente com as reações das instâncias oficiais de controle social, consideradas na sua função constitutiva em face da criminalidade. Sob este ponto de vista, tem estudado o efeito estigmatizante da atividade da polícia, dos órgãos de acusação pública e dos juízes.

Cláudia Maria Cruz Santos (2001, pg. 139) traça o ponto em comum do Labeling Approach com a teoria do colarinho branco:

Em primeiro lugar, parece importante destacar a influência comum do interacionismo simbólico, que leva ambas as correntes criminológicas a privilegiarem uma concepção do comportamento baseada na aprendizagem originada pelos contactos intersubjectivos. Os sujeitos actuarão, pois, em função da forma como interpretam as atitudes alheias: no labelling, isto torna-se patente na importância atribuída à reacção social, doravante condicionadora da imagem que o agente tem de si mesmo e impulsionadora de um futuro comportamento desviado com ela coerente; na teoria da associação diferencial, o agente construirá a sua atuação com base na interpretação que faz das definições preponderáveis no seio do seu grupo.

A criminalidade, no Labeling Approach, é determinada pela reação social: a pessoa rotulada como delinqüente acaba assumindo esta qualidade. Daí o estudo da formação da identidade desviante e do desvio secundário decorrente da aplicação da etiqueta de criminoso.

Sobre o efeito da estigmatização penal na identidade do delinqüente, Alessandro Baratta (2002, pg. 179) ensina que:

A constituição de uma população criminosa como minoria marginalizada pressupõe a real assunção, a nível de comportamento, de papéis criminosos por parte de um certo número de indivíduos, e a sua consolidação em verdadeiras e próprias carreiras criminosas. E já vimos que isto se verifica, sobretudo, como tem sido colocado em evidência por alguns teóricos americanos do *labeling approach*, mediante os efeitos da estigmatização penal sobre a identidade social do indivíduo, ou seja sobre a definição que ele dá de si mesmo e que os outros dão dele. A drástica mudança de identidade social como efeito das sanções estigmatizantes tem sido posta em evidência – como se recordará – por Lemert e por Schur. A teoria por eles construída demonstra a dependência causal da delinquência secundária, ou seja, das formas de reincidência que configuram uma verdadeira e própria carreira criminosa, dos efeitos que sobre a identidade social do indivíduo exerce a primeira condenação; isto coloca uma dúvida de caráter fundamental sobre a possibilidade mesma de uma função reeducativa da pena.

Na mesma linha, pronuncia-se Zaffaroni (2001, pg. 60):

(..) cada um de nós se toma aquilo que os outros vêem em nós e, de acordo com esta mecânica, a prisão cumpre uma função reprodutora: a pessoa rotulada como delinqüente assume, finalmente, o papel que lhe é consignado, comportando-se de acordo com o mesmo. Todo o aparato do sistema penal está preparado para essa rotulação e para o reforço desses papéis.

Ainda sobre a rotulagem, vale ressaltar as considerações de Juarez

Cirino dos Santos (2006a, pg. 20):

O rótulo criminal, principal elemento de identificação do criminoso, produz as seguintes consequências: assimilação das características do rótulo pelo rotulado, expectativa social de comportamento do rotulado conforme as características do rótulo, perpetuação do comportamento criminoso mediante formação de carreiras criminosas e criação de subculturas criminais através de aproximação recíproca de indivíduos estigmatizados.

Entre todos os que praticam crimes, somente aqueles que interessa ao sistema selecionar serão perseguidos, assim, os delinqüentes dos crimes de colarinho branco não são atingidos pela reação social, não sofrem a estigmatização e, portanto, são considerados inofensivos pela sociedade. Claudia Maria Cruz Santos (2001, pg. 140) faz a seguinte observação:

Assim, o comportamento dos *white-collars* – freqüentemente não previsto pela lei, ou proibido mas desacompanhado de um efetivo sancionamento –, como carece daquela reação social, é comunitariamente considerado inócuo e não acarreta qualquer estigmatização para os seus agentes. Os poderosos preservam assim a sua reputação e bom nome independentemente das práticas ilícitas que adotem.

Howard Becker, grande teórico do Labeling Approach, estudou principalmente os efeitos da estigmatização na formação do *status* social de desviante.

Segundo Becker, os grupos sociais criam o desvio através de sua previsão nas normas, e as aplica a determinadas pessoas”, rotulando-as de “outsiders”.

Desta forma, o desvio não é uma qualidade do ato cometido pela pessoa, mas uma consequência da aplicação das normas e o delinqüente é uma pessoa à qual a rotulação foi aplicada com sucesso.

Lemert, outro representante do Labeling, faz a distinção entre delinqüência primária e delinqüência secundária. Não aprofunda o estudo sobre a primeira, afirmando apenas que ela decorre de fatores sociais, culturais, psicológicos; já a segunda decorre da primeira, ou seja, a reação ao primeiro desvio influi de tal forma na identidade do sujeito que ele tende a permanecer no papel de delinqüente.

Alessandro Baratta (2002, pg. 90) explica que:

Enquanto o desvio primário se reporta, pois, a um contexto de fatores sociais, culturais e psicológicos, que não se centram sobre a estrutura psíquica do indivíduo e não conduzem, por si mesmos, a uma “reorganização da atitude que o indivíduo tem para consigo mesmo, e do seu papel social”, os desvios sucessivos à reação social (compreendida a incriminação e a pena) são fundamentalmente determinados pelos efeitos psicológicos que tal reação produziu no indivíduo objeto da mesma; o comportamento desviante sucessivo à reação “torna-se um meio de defesa, de ataque ou de adaptação em relação aos problemas manifestos e ocultos criados pela reação social ao primeiro desvio”.

Baratta (2002, pg. 89) explica as consequências da delinqüência primária:

(...) a reação social ou a punição de um primeiro comportamento desviante tem, freqüentemente, a função de um ‘commitment to deviance’, gerando, através de uma mudança da identidade social do indivíduo assim estigmatizado, uma tendência a permanecer no papel social no qual a estigmatização o introduziu.

A concepção de desvio secundário põe em dúvida o caráter reeducativo da pena, pois, o que ocorre na maioria dos casos não é a reeducação, mas a consolidação da identidade de criminoso e seu ingresso em carreiras criminosas.

No entanto, tal teoria recebe duras críticas. Primeiro, porque não preocupou-se em estudar as razões da delinquência primária, apenas suas consequências, que na verdade, são as causas da delinquência secundária. E quanto a esta, restringiu-se a explicá-la como uma decorrência daquela.

Neste sentido, Cláudia Maria Cruz Santos (2001, pg. 141-142):

(...) os criminólogos da década de sessenta desinteressaram-se das causas da delinquência primária, por ela não possuir, em si mesma, nada de específico além do facto de como tal ser considerada pelas instâncias de reação social. E só relativamente à delinquência secundária foi retomada uma certa perspectiva causalista – ainda que não assumida como tal –, pois esta era concebida como o resultado da intervenção do aparelho repressivo estadual.

Em segundo lugar, esta teoria não é uma negação da teoria etiológica, mas uma complementação, conforme explica Baratta (2002, pg. 91):

(...) os autores que mencionamos desenvolvem uma polêmica, mas uma polêmica dirigida a superar a exclusiva acentuação da perspectiva etiológica, não a negar sua função no âmbito de uma teoria da criminalidade. De resto, pode-se observar, as teorias do labeling baseadas sobre a distinção entre desvio primário e desvio secundário, não deixaram de considerar a estigmatização ocasionada pelo desvio primário também como uma *causa*, que tem seus efeitos específicos na identidade social e na autodefinição das pessoas objeto da reação social.

O determinismo típico do paradigma etiológico que os teóricos do Labeling visavam combater, acabou, subsistindo em suas teorias, pois, o delinquente aparece, agora, condicionado pela reação social.

Cláudia Maria Cruz Santos (2001, pg. 148) acrescenta a esta crítica o fato de a teoria não explicar o comportamento do delinquente dos crimes de colarinho branco, já que estes não passam por um processo de rotulagem:

Os teorizadores da rotulagem foram acusados de uma excessiva concessão à idéia positivista do determinismo. Apesar de criticarem este postulado das teorias que pretendiam rebater, aqueles criminólogos – veio depois afirmar-se – não conseguiram iludir a imagem do delinqüente condicionado agora pela reação social. E a explicação da criminalidade secundária como uma forma de corresponder à etiqueta previamente aplicada pelas instâncias formais de controlo parece, para além disso, particularmente inadequada no que respeita ao *white-collar crime*. Na verdade, como explicar o comportamento desviado daqueles agentes que não são sujeitos a qualquer processo de rotulagem? E, partindo desta deficiência do labelling approach, os criminólogos radicais são levados a concluir que, contrariamente àquelas que pareciam ser as suas pretensões iniciais, as teorias da etiquetagem acabam por associar a criminalidade à pobreza ou a outras formas de desfavorecimento social.

Keckeisen expõe as incongruências das teorias de Becker, Lemert e Schur. Estas apresentam resíduos do “modo como o problema do desvio era colocado pelo paradigma etiológico (...), ou seja, a consideração do desvio como uma qualidade objetiva do comportamento e do sujeito e, como consequência disto, a ‘reificação’ do conceito de desvio”. (Baratta, 2002, pg. 93)

Schur afirmava que se tratarmos uma pessoa como criminoso, provavelmente ela se tornará criminoso, isto é, a pessoa que sofre a rotulação está condicionada a torna-se criminoso. Tal afirmação é puro determinismo. Questionar como alguém se torna criminoso nada mais é, segundo Keckeisen, que seguir a fórmula do paradigma etiológico.

Outra crítica ao Labeling Approach é que ele reduz sua análise ao momento da criminalização (definição legal, etiquetamento), deixando de analisar comportamentos lesivos a toda sociedade, tais como os crimes contra o poder económico, ecológico, tributário etc. (comportamentos socialmente negativos).

Sobre tal crítica manifesta-se Alessandro Baratta (2002, pg. 98):

(...) estas teorias reduzindo, como se viu, a criminalidade à definição legal e ao efetivo etiquetamento, exaltam o momento da criminalização, e deixam de fora da análise a realidade de comportamentos lesivos de interesses merecedores de tutela, ou seja, aqueles comportamentos (criminalizados ou não) que aqui denominamos “comportamentos socialmente negativos”, em relação às mais relevantes necessidades individuais e coletivas.

Quanto à definição legal de delito, Fritz Sack faz uma importante crítica, que apesar de óbvia, poucos a percebem. O crime é definido como uma violação prevista na norma. Como as pesquisas empíricas demonstraram, não é uma minoria, mas a maioria da sociedade que comete crimes, sendo assim, a definição legal de crime é uma ficção, pois se fosse cumprida ao “pé da letra” a maioria da população estaria atrás das grades.

Alessandro Baratta (2002, pg. 107) aborda a crítica de Sack:

(...) Fritz Sack move uma crítica radical à típica definição “legal” da criminalidade, muito eficazmente exemplificada por uma formulação de Joaquim Hellmer: “criminalidade, no sentido jurídico – escreve este autor – é um comportamento (ação ou omissão) que viola uma norma penal”. Sack observa: “sabemos pela criminologia e pela política criminal praticada, que uma semelhante definição de criminalidade e, correspondentemente, do criminoso, deve ser considerada, do ponto de vista científico, como uma mera ficção. Através de pesquisas empíricas sociológicas realizadas nos últimos 20 anos, se consolidou a consciência de que uma interpretação literal da definição de Hellmer conduz à consequência de que, não a minoria de uma sociedade, mas a maioria dos seus membros, deveria contar-se entre os criminosos”.

Os representantes do Labeling tecem suas teorias com base nos dados sobre a criminalidade latente, expressos nas cifras negras. Fritz Sack procura explicar a criminalidade latente a partir da distinção entre regras e meta-regras. As primeiras são as regras gerais, enquanto estas são as regras que orientam a interpretação e aplicação daquelas, também denominadas *basic rules*.

As meta-regras orientam os juízes no momento da aplicação da norma ao caso concreto e seriam produzidas, segundo Cirino dos Santos (2006b, pg. 66), por:

(...) *mecanismos psíquicos inconscientes* que determinam o significado concreto da decisão judicial: preconceitos, estereótipos, traumas e outras idiosincrasias originárias da experiência pessoal do julgador, desencadeados por indicadores sociais negativos de pobreza, desemprego, marginalização, moradia em favelas etc., constituiriam as determinações emocionais decisivas do processo de criminalização – e não a *dogmática jurídica*, como critério de racionalidade.

Portanto, mais uma prova de que a criminalidade não é preconstituída, mas sim, neste caso, um produto da aplicação da norma pelos juízes, que atribuem a qualidade de criminoso ao indivíduo não tanto pelo fato de seu comportamento se enquadrar à norma abstrata, mas também pela relação que faz, por vezes inconscientemente, da pobreza, da feiúra com o crime, ou seja, as meta-regras.

Assim explica Alessandro Baratta (2002, pg. 107):

Dentro da proposição de Fritz Sack, portanto, a criminalidade, como *realidade social*, não é uma entidade *preconstituída* em relação à atividade de juízes, mas uma qualidade atribuída por estes últimos a determinados indivíduos. E isto não somente conforme o comportamento destes últimos se deixe ou não subsumir dentro de uma figura abstrata do direito penal, mas também, e principalmente, conforme as meta-regras.

Os órgãos de aplicação da norma produzem a realidade; a sentença atribui a qualidade de criminoso, ou seja, atribui um *status* ao sujeito que antes não possuía. Logo a criminalidade não é um comportamento, mas um “bem negativo” distribuído aos indivíduos conforme a posição que ocupa na sociedade. Oportuno lançar os ensinamentos de Baratta (2002, pg. 108):

A criminalidade, em suma, não é considerada como um comportamento, mas como um ‘bem negativo’, análogo aos bens positivos, como

patrimônio, renda, privilégio. “A criminalidade é o exato oposto de privilégio”. Como tal, é submetida a mecanismos de distribuição análogos àqueles dos bens positivos, dos privilégios.

Baratta (2002, pg. 108) acrescenta que “neste sentido, comportamento desviante é o que os outros definem como desviante. Não é uma qualidade ou uma característica que pertence ao comportamento como tal, mas que é atribuída ao comportamento”.

Como já foi dito, a atribuição a um sujeito da qualidade de criminoso depende da condição social a que pertence. Isto não significa que o sujeito cometa o crime porque é pobre – conforme justificavam as teorias etiológicas –, o que ocorre é que o sistema seleciona estas pessoas para rotular como criminosas. O rico comete crime tanto quanto o pobre, mas ele não é visto como criminoso, porque o sistema não o persegue para tachá-lo como tal.

Alessandro Baratta (2002, pg. 111-112) explica a questão:

Por outro lado, como documentam as estatísticas criminais ligadas às pesquisas sobre a criminalidade latente, “a inserção em um papel criminal depende, essencialmente da condição social a que pertence o desviante, ou da situação familiar de que provém. Mas, com isto não se quer sustentar, como pretendia a criminologia tradicional, que a pertença a um estrato social ou a situação familiar produzam no indivíduo uma maior motivação para o comportamento desviante, mas que uma pessoa que provém destas situações sociais deve ter consciência do fato de que seu comportamento acarreta uma maior probabilidade de ser definido como desviante ou criminoso, por parte dos outros, e de modo particular por parte dos detentores do controle social institucional, do que outra pessoa que se comporta do mesmo modo, mas que pertence a outra classe social ou a um *milieu* familiar íntegro”.

A grande contribuição do Labeling, e isso não se pode negar, foi, conforme revela Baratta, a de que “a criminalidade não existe na natureza, mas é uma

realidade construída socialmente através de processo de definição e de interação” (2002, pg 108).

O Interacionismo deslocou o problema das causas da criminalidade para as suas definições e dos fatores que determinam o comportamento criminoso para as “condições que determinam o grau de probabilidade de que certos comportamentos e certos indivíduos sejam definidos como criminosos” (Baratta, 2002, Pg. 112).

Colocou em discussão o princípio da igualdade, ao demonstrar que o poder de criminalização está relacionado à estrutura antagônica da sociedade e, também, o princípio da prevenção, ao revelar, através da delinquência primária e secundária, que a prisão ao invés de ressocializar tem o efeito de reproduzir a criminalidade.

Contudo, falhou por não analisar o conteúdo da criminalidade. Não explicou por que uns comportamentos e não outros são objeto de uma definição criminal, nem explicou a realidade social e os comportamentos socialmente negativos.

Alessandro Baratta (2002, pg. 116) relaciona as omissões da teoria:

Na teoria do *labeling*, o privilegiamento das relações de hegemonia desloca a análise para um terreno abstrato, em que o momento político é definido de modo independente da estrutura econômica das relações de produção e de distribuição. Daí resulta uma teoria em condições de descrever mecanismos de criminalização e de estigmatização, de referir estes mecanismos ao poder de definição e à esfera política em que ele se insere, sem poder explicar, independentemente do exercício deste poder, a *realidade social* e o *significado* do desvio, de *comportamentos socialmente negativos* e da criminalização.

Não se pode negar que a teoria da reação social forneceu relevantes contribuições para a crítica do sistema penal, porém ao deixar de lado a análise das

relações sociais e econômicas, fundamentais para se compreender a questão criminal, se torna uma teoria de médio alcance.

3.2.6. Teoria do Conflito

A teoria do conflito é contrária aos postulados da teoria do consenso, que prega que o Direito exprime valores comuns a todos os membros da sociedade. Ela demonstra que, em realidade, os valores protegidos pelo Direito são os da classe dominante, detentora do poder.

Cláudia Maria Cruz Santos (2001, pg. 132) traz a diferença entre as teorias:

Começemos por uma breve referência à problemática da criminologia do consenso *versus* criminologia do conflito. Enquanto a primeira, expressa no pensamento de autores como Durkheim, Merton e Parsons, acredita na existência de valores comuns a todos os membros da comunidade, os quais, assegurados pelo Estado através do Direito, garantem o equilíbrio e a coesão social; já a segunda, inspirada, nomeadamente, pelo pensamento de Marx e Dahrendorf, assume que os valores preponderantes em dado momento histórico mais não exprimem do que a vontade das classes dominantes.

Para os teóricos do consenso, os membros da sociedade estão de comum acordo sobre os valores prezados. A lei, portanto, protegeria os valores que são de interesses de todos. Mas, na realidade, e é isso que a teoria do conflito demonstra, é que há diversos interesses na sociedade, mas a lei somente expressa os interesses

dos grupos dominantes. Sobre o posicionamento da lei, Claudia Maria Cruz Santos (2001, pg. 132) revela:

Na sua elaboração, os vários grupos de pessoas unidas por objectivos comuns procuram actualizar a sua influência, fazendo a pressão possível no sentido de privilegiarem os seus interesses. (...) Não obstante, quanto mais poderoso for o grupo – sobretudo aos níveis político e económico, que muitas vezes se confundem – maior será a probabilidade de ver a lei corresponder a seus objectivos. E, por ser assim, por as normas servirem sobretudo a interesses dos mais fortes, menos necessário será que estes a violem. Para além de que, quando tal ocorrer, mais difícil será a tarefa dos aplicadores da lei, por força da especial capacidade que os agentes terão para ocultar a sua conduta que, para além disso, poderá revestir alguma complexidade. Assim, as instâncias formais de controlo tenderão a optar pela perseguição e resolução de casos menos problemáticos, “esquecendo” os sujeitos pertencentes aos grupos mais influentes política ou economicamente.

A sociologia do conflito nega, portanto, o princípio do interesse social e do delito natural, segundo o qual o Direito Penal protege os interesses comuns a todos os cidadãos.

Ao contrário da teoria da reação social, que adotou uma perspectiva individualista, a teoria do conflito possui uma perspectiva macrossociológica, partindo de uma teoria geral da sociedade. Logo, não se trata de uma teoria de médio alcance.

Coser e Dahrendorf, representantes da teoria do conflito, combatem a teoria estrutural-funcionalista de Parsons e Merton, então dominante na sociologia liberal.

A teoria funcionalista analisa a sociedade isolada no tempo e no espaço, “nas quais não se verificam nem mudanças, nem conflitos, mas, ao contrário, um universal consenso sobre valores comuns” (Baratta, 2002, pg. 122).

Dahrendorf defende que a mudança e o conflito não devem mais ser entendidos como um desvio ao sistema normal e equilibrado, ao contrário, devem ser considerados uma característica comum de qualquer sociedade. Na verdade, esta não está unida pelo consenso, por um acordo universal, mas pela coação, pela dominação de uns sobre outros.

Dahrendorf e Coser analisam o conflito dentro da estrutura jurídica da indústria, desconsiderando o que está fora desta área, assim, não levam em consideração os conflitos das massas desocupadas, subocupadas, enfim, dos que estão fora da indústria.

Sobre esta visão de Coser e Dahrendorf, Alessandro Baratta (2002, pg. 142) ensina que:

Em uma visão tão serenamente miope e parcial, a *indústria* é, portanto, a zona em que se desenvolvem os conflitos “realistas”, aqueles racionalizáveis em uma relação de fungibilidade entre meios e fins e, pois, institucionalizáveis e suscetíveis de mediação jurídica. Os conflitos que, ao contrário, têm a sua origem fora do mundo institucionalizado da indústria, parecem relegados, por definição, à zona do irracional, dos conflitos “não-realistas”.

Dahrendorf estuda o conflito apenas com relação à população ocupada, ignorando a produção de uma superpopulação relativa (colocação de operários em liberdade), conforme leciona Baratta (2002, pg. 141):

Dahrendorf considera o conflito social na sociedade tardo-capitalista só em relação à população ocupada. Essa “deformação” teórica torna inteiramente inadequada a ótica de Dahrendorf. Essa ótica não só não pode dar conta de importantíssimos processos estruturais da acumulação capitalista (desocupação, subocupação, colonização, proletarização), mais nem sequer de fenômenos que, mesmo uma sociologia pouco provida de ponto de vista da economia política, poderia saber, pelo menos, descrever: a conflitualidade nova em torno da qual a classe operária se organiza, por efeito das pressões que provêm da realidade externa à empresa, as formas diversas que assume o choque

com o capital fora da fábrica, a defesa de interesses diversos daqueles tradicionalmente objeto das reivindicações de fábrica, mas sobretudo aquelas formas não institucionalizadas de conflitualidade social que derivam do papel específico que a superpopulação relativa realiza no processo de valoração do capital.

Embora esta teoria pretenda ser uma alternativa ao estrutural-funcionalismo, o modelo de conflito de Dahrendorf e Coser não exclui a idéia de equilíbrio defendido por aquele, mas a integra, conforme explica Baratta (2002, pg.137): “paradoxalmente, precisamente estes autores que negam o modelo da harmonia para afirmar o do conflito, ao fazerem do conflito a lei eterna da estrutura social transformam o seu modelo no de uma nova harmonia preestabelecida”.

Apesar das críticas, temos que considerar as contribuições da teoria do conflito para a superação da ideologia da defesa social: substituiu a imagem do desvio como relação antagônica entre sociedade e indivíduo pela relação entre grupos sociais; transferiu o enfoque da reação social dos pequenos grupos para as estruturas gerais da sociedade e, portanto, para as relações de poder entre os grupos, passando de uma perspectiva micro para macrossociológica; e também se contrapôs ao princípio do interesse social e do delito natural.

3.2.7. Criminologia Liberal Contemporânea

Antes de adentrarmos na Criminologia Crítica é interessante fazer uma retrospectiva das teorias criminologias apresentadas, denominadas, em seu conjunto,

de Criminologia Liberal Contemporânea (teoria funcionalista, das subculturas, do labeling approach, do conflito).

Estas teorias representam um grande progresso em relação às teorias patológicas (criminologia positivista). As teorias da criminologia liberal contemporânea substituíram a dimensão biopsicológica pela sociológica. Cada teoria liberal faz uma crítica a determinado aspecto da ideologia da defesa, conforme ensina Baratta (2002, pg. 148):

Elas sustentaram o caráter normal; e funcional da criminalidade (teoria funcionalista), a sua dependência de mecanismos de socialização a que os indivíduos estão expostos, não em função de pretensos caracteres biopsicológicos, mas da estratificação social (teoria das subculturas), deslocaram cada vez mais a atenção do comportamento criminoso para a função punitiva e para o direito penal (teoria psicanalítica da sociedade punitiva), para os mecanismos seletivos que guiam a criminalização e a estigmatização de determinados sujeitos (teoria do labeling). Elas mostraram como esta função e estes mecanismos, mais que com a defesa de interesses sociais proeminentes, tinham a ver com o conflito, que se desenvolve no inconsciente, entre impulsos individuais e inibições sociais (teoria psicanalítica), ou com as relações de hegemonia entre classes (poder de definição, por um lado, submissão à criminalização, por outro: teorias conflituais).

Superou o paradigma etiológico e instaurou o paradigma da reação social. A criminalidade deixou de ser considerada um dado ontológico preconstituído ao direito penal e à reação social. Desloca-se o enfoque do delinqüente para as condições estruturais e do estudo das causas do comportamento desviante para o estudo das instituições que criam a realidade do desvio. Ademais, seu objeto não é mais exclusivamente prescrito pela lei ou pela dogmática penal. Ela é substituída por uma definição sociológica de desvio.

No entanto, conforme se pode perceber das críticas lançadas anteriormente para cada teoria, a criminologia liberal contemporânea, apesar de

representar um avanço na ciência penal, não está em condições de desenvolver uma crítica eficaz à ideologia da defesa social.

Cada uma das teorias liberais contrapôs-se a aspectos singulares da ideologia da defesa, porém, nenhuma delas conseguiu contrapor-se de modo global àquela ideologia. Talvez se pudesse pensar que a solução seria uni-las, no entanto, não é possível juntá-las num corpo homogêneo, pois derivam de premissas metodológicas e sistemáticas muito heterogêneas.

Sobre este aspecto, Alessandro Baratta (2002, pg. 151) afirma que a Criminologia Liberal Contemporânea “é uma etiqueta sob a qual se reúnem diversas teorias não integráveis em sistema, cada uma das quais, tomada em si mesma, representa uma alternativa somente parcial à ideologia da defesa social”.

As teorias liberais são portadoras de uma ideologia negativa substitutiva da ideologia tradicional da defesa social. Ela acredita na reforma do sistema penal, conforme explica Tony Platt (1980, pg. 116-117):

O que distingue o reformismo liberal da crítica anti-capitalista mais fundamental da sociedade americana é a crença de que é possível criar um bem regulado, estável e humanitário sistema de justiça criminal sob a presente organização econômica e política. Enquanto é verdade que os criminólogos têm submetido as instituições de controle social (polícia, justiça, prisões, etc.) a uma variedade de críticas – incluindo ineficiência, má-direção, corrupção e brutalidade – seus propósitos de reforma são invariavelmente formulados dentro do modelo de capitalismo corporativo e destinados a moldar novos ajustamentos para as condições políticas e econômicas existentes.

As teorias criminológicas liberais rejeitam mudanças radicais na sociedade. Acredita que políticos bem intencionados podem trazer soluções para os problemas sociais através de meras reformas no sistema penal. É deste pensamento que se originaram mecanismos como o sursis e o livramento condicional que, por trás

de seu discurso humanitário, visam aumentar o controle sobre os indivíduos fora da prisão.

Neste sentido, Tony Platt (1980, pg. 117) afirma:

O reformismo liberal em criminologia apóia a extensão do capitalismo do Estado do Bem-Estar Social e programas gradualistas de melhoramento, enquanto rejeita formas radicais e violentas de mudança social e política. Isto é freqüentemente acompanhado por uma confiança em soluções tecnocráticas para os problemas sociais e uma crença de que o progresso ocorrerá através de gerentes esclarecidos e políticos e não pela organização dos oprimidos. Este tipo de reformismo ajudou a criar o *sursis* e o livramento condicional, o sistema de justiça juvenil, reformatórios, prisões-albergue, a sentença indeterminada, centros de ajustamento e diagnóstico, defensores públicos, agências de serviço de jovens e muitas outras “reformas” que têm servido para fortalecer o poder do Estado sobre o pobre, as comunidades do terceiro mundo e os jovens.

Juarez Cirino dos Santos (2006a, pg. 15-16) segue no mesmo sentido:

O resultado histórico alcançado pela criminologia *correcionalista* é o constante aumento do poder do Estado (capitalista) sobre os trabalhadores, os setores marginalizados do mercado de trabalho e as minorias, com ampliação da rede de controles, como o “*sursis*”, o livramento condicional, a justiça juvenil, os reformatórios, as prisões abertas etc., cujos manifestos e inegáveis benefícios pessoais abrigam um aspecto contraditório, que significa controle mais geral e dominação mais intensa.

As teorias liberais deram grandes contribuições para uma elaboração crítica do Direito Penal, no entanto, falharam por não analisar a criminalidade no contexto das relações de produção da sociedade capitalista.

4. Teorias deslegitimadoras do sistema penal

4.1. Criminologia Crítica

A Criminologia Crítica é uma teoria materialista (econômico-política) que estuda o desvio, os comportamentos socialmente negativos e a criminalização, sob a ótica do marxismo e através de uma vasta observação empírica. Seu objetivo é produzir uma política criminal alternativa – a política das classes subalternas.

A criminalidade não é uma qualidade ontológica, mas sim um status atribuído a determinados indivíduos, que se realiza em dois planos. Primeiro com a seleção dos bens a serem protegidos pela norma penal. Esta, como é elaborada pela classe dominante, só seleciona os bens típicos de serem lesionados pela classe dominada, deixando de proteger os bens jurídicos que a classe dominante costuma lesionar. O segundo passo é a seleção dos indivíduos entre todos aqueles que cometeram crimes. Não se deve perder de vista que no momento da aplicação da norma o juiz é influenciado pelas meta-regras. O crime é, portanto, um bem negativo distribuído conforme a classe a que pertence o sujeito.

Estatísticas demonstram que a maioria da população carcerária pertence à classe subalterna. Isto leva a pensar que a maioria dos que cometem crimes seja proveniente das classes baixas, contudo, esta estatística não se refere à totalidade da criminalidade, mas apenas a criminalidade perseguida pelo sistema penal.

Oportuno salientar a opinião de Alessandro Baratta (2002, pg. 198-199):

Vimos como isto não quer dizer, de modo algum, que o desvio criminal se concentre, efetivamente, na classe proletária e nos delitos contra a propriedade. A mesma criminologia liberal, com as pesquisas sobre a cifra negra, sobre a criminalidade do colarinho branco e sobre a criminalidade política demonstra, ao contrário, que o comportamento criminoso se distribui por todos os grupos sociais, que a nocividade social das formas de criminalidade próprias das classes dominantes e, portanto, amplamente imunes, é muito mais grave do que a de toda a criminalidade realmente perseguida. Por outro lado, o sistema das imunidades e da criminalização seletiva incide em medida correspondente sobre o estado das relações de poder entre as classes, de modo a oferecer um salvo-conduto mais ou menos amplo para as práticas ilegais dos grupos dominantes, no ataque aos interesses e aos direitos das classes subalternas, ou de nações mais fracas; além disso incide, em razão inversamente proporcional à força e ao poder de controle político alcançado pelas classes subalternas, no interior das relações concretas de hegemonia, com mais ou menos rigorosa restrição da esfera de ações políticas dos movimentos de emancipação social.

É preciso agir no interesse das classes subalternas, combatendo os comportamentos socialmente negativos (crimes contra o poder econômico, poluição ambiental, criminalidade política dos detentores do poder etc.), realizando a sua criminalização e efetiva penalização, pois são crimes que possuem consequências muito mais danosas do que os crimes atualmente perseguidos.

Também se faz necessário não se limitar à descrição das relações sociais. Isto já foi suficientemente alcançado pelas teorias liberais. É preciso compreender “a função histórica e atual do sistema penal para a conservação e para a reprodução das relações sociais de desigualdade” (Baratta, 2002, pg. 199)

É indispensável analisar as relações econômicas e políticas da sociedade capitalista em conjunto e conscientizar o proletariado de sua posição de classe.

4.2. Criminologia Radical

A Criminologia Radical propõe a redefinição legal de crime. Substituir a definição burguesa de delito pela definição proletária, em que os bens protegidos sejam o direito à dignidade humana, à alimentação, à moradia, à auto-determinação, enfim, que a definição legal proteja os direitos humanos concebidos na perspectiva socialista.

Neste sentido, residem os ensinamentos de Tony Platt (1980, pg. 125):

Uma criminologia radical requer uma redefinição do objeto, preocupações e compromissos. No passado, nós fomos limitados por uma definição legal de crime, que nos restringiu a estudar e, em última instância, controlar, somente “criminosos” legalmente definidos. Nós necessitamos de uma definição de crime que reflita a realidade de um sistema legal baseado no poder e privilégio; aceitar a definição de um sistema legal de crime é aceitar a ficção da neutralidade do direito.

Tony Platt complementa afirmando que a definição legal de crime deve objetivar a proteção contra a exploração política e econômica (1980, pg. 126):

Sob a definição legal de crime, as soluções são primariamente destinadas a controlar as vítimas da exploração (pobres, terceiro mundo, jovens, mulheres) que, como uma consequência de sua opressão, são canalizados através do sistema de justiça criminal. Sob uma definição radical de direitos humanos, a solução para o “crime” consiste na transformação revolucionária da sociedade e a eliminação dos sistemas de exploração econômica e política.

As teorias criminológicas anteriores reduziram-se a questionar as causas do crime e não se preocuparam em analisar as causas da criação da norma, que por sua vez cria o crime. Elas simplesmente aceitaram a ordem legal dada. Esta questão é levantada por Taylor, Walton e Young (1980, pg. 56):

Se a criminologia deve progredir como uma ciência, ela deve ser livre para questionar as causas não somente do crime, mas, também, das normas que, em um sentido primário, criam o crime – isto é, normas legais. A aceitação não-questionada de um dado sistema legal e dadas normas legais tem sido a tendência geral na criminologia positiva, e o resultado tem sido desastroso para as pretensões de cientificidade da criminologia. Ignorando ou deslocando a natureza proprietária do crime, criminólogos sem vontade ou incapazes de confrontar os fatos de desigualdade em propriedade de bens, têm sido desviados para explicações individualísticas das diferenças entre criminosos e conformistas.

A definição legal de crime defendida pelo discurso concebe o Direito como sendo um instrumento neutro, ou seja, como protetor de interesses comuns a todos. No entanto, conforme visto nas teorias do conflito, o Direito protege apenas os interesses das classes dominantes.

É, portanto, necessário definir um conceito proletário de crime enquanto a classe trabalhadora não possui poder político para definir um conceito socialista de crime. Na sociedade capitalista, o conceito proletário de crime deve estar fundamentado na concepção socialista de direitos humanos, tais como o direito à segurança pessoal (vida, liberdade, saúde etc.) e à igualdade real (social, racial, econômica, sexual etc.), de forma a substituir o conceito burguês de crime, que exclui os crimes sistêmicos e pune os crimes das classes subalternas.

Juarez Cirino dos Santos (2006a, pg. 53) analisa o conceito proletário de crime:

(...) assim como a posição de classe da burguesia é a base objetiva do conceito burguês de crime, a posição de classe do proletariado é a base objetiva de um conceito socialista de crime. Assim, a antiga equação *definição legal de crime/dano social*, da criminologia tradicional, criminaliza condutas socialmente não-danosas – como greves, dissidência política etc. – e não criminaliza condutas e explorações socialmente danosas – como o imperialismo, a exploração etc. A Criminologia Radical inverte a equação para *relações sociais danosas/crime*, compreendendo a exploração imperialista, a violação da

autodeterminação dos povos, o direito dos trabalhadores ao controle e à administração da *mais-valia* produzida, os abusos de poder econômico e político e todos os danos sociais definidos como “crimes sistêmicos”.

Segundo Cirino dos Santos (2006a, pg. 58-59), o conceito socialista de crime, apresenta explicações diferentes para a criminalidade individual e para a criminalidade estrutural. A primeira refere-se à criminalidade das classes subalternas, como uma resposta pessoal, não política (falta de consciência de classe), às condições estruturais adversas da sociedade. Já a segunda, “é explicada pela articulação funcional entre a esfera de produção e os sistemas jurídico-políticos de reprodução social: situações de garantia de impunidade, pelo controle dos processos de criminalização”.

Simplificando, o crime proletariamente concebido é determinado ou pela marginalização, exploração ou pelo controle da produção e circulação de riqueza e a garantia de impunidade, conforme revela Cirino dos Santos (2006a, pg. 59):

Como se pode ver, as determinações estruturais do conceito proletário de crime (definição real) podem ser indicadas a) por situações de marginalização, exploração, miséria, fome, doenças etc., ou b) por situações de controle da produção/circulação da riqueza e de garantia de impunidade – ambas explicações ligadas à divisão da sociedade em classes sociais antagônicas, produzida pela separação trabalhador/meios de produção (definição analítica), que violam direitos humanos socialistas (definição nominal).

Como já foi dito, a criminalidade é distribuída conforme a posição social do indivíduo. Então, para compreendê-la é preciso analisar as relações de classe no processo produtivo e na superestrutura jurídica e política do Estado. Com esta análise a Criminologia Radical revela a ficção do sistema jurídico baseado na igualdade e na proteção de interesses comuns a toda a sociedade e demonstra que o poder opera

mediante a desigualdade e a opressão. Desta forma, a Criminologia Radical busca a transformação da sociedade, de modo a extinguir a exploração e a desigualdade que produzem o fenômeno criminoso, rumo ao socialismo.

Conforme explica Juarez Cirino dos Santos (2006a, pg. 40), a Criminologia Radical estuda as coisas pela raiz, logo é na relação capital/trabalho assalariado que se encontra a explicação para os males sociais:

(...) em sociedade, a raiz humana é inseparável da posição de classe que, por sua vez, é determinada pelo lugar nos processos produtivos, fundados na separação trabalhador/meios de produção, ou seja, na relação capital/trabalho assalariado. O estudo do crime e do controle social no capitalismo se baseia na divisão da sociedade em classes (estrutura econômica) e na reprodução das condições de produção, fundadas na separação capital/trabalho assalariado, pelas instituições jurídicas e políticas do Estado, que proscrevem práticas contrárias às relações de produção e de reprodução social. Assim, o estudo do crime e do controle social não se reduz aos tipos legais de crimes, mas compreende o tipo social de autor (posição de classe), o tipo de sociedade (formação econômico-social), seu estágio de desenvolvimento (nível tecnológico), o papel da formação econômico-social no mercado mundial (posição na relação imperialismo/dependência), as funções na divisão internacional do trabalho (fornecedor de matéria-prima e de mão-de-obra ou exportador de capitais) etc.

Desta forma, o estudo do crime não deve ficar atrelado às definições legais, mas considerar a posição de classe do indivíduo. Os membros da classe subalterna não têm como sobreviver na sociedade baseada na separação trabalhador/meios de produção se a eles não for ofertado emprego. Ora, se eles não possuem os meios de produção, a única forma de sobreviver é vendendo sua força de trabalho. O problema é quando não há oferta de emprego e produz-se um excedente de mão-de-obra, então estas pessoas recorrem aos meios ilegítimos para suprir suas necessidades elementares.

O sistema penal reprime rigorosamente a força de trabalho excedente com a falsa justificativa de limpar o crime das ruas, mas sua real função (função latente) é disciplinar a força de trabalho ativa, pois esta percebendo a ameaça da prisão aceita as condições em que vive, não reclamando por melhores salários, melhores condições no trabalho e acredita que o Estado está cumprindo sua função na repressão da criminalidade.

Neste sentido, Juarez Cirino dos Santos (2006a, pg. 41):

(...) a força de trabalho excedente, excluída do mercado de trabalho e, portanto, do papel de consumidor, desenvolve uma 'potencialidade' para o crime, recorrendo a meios ilegítimos para compensar a falta de meios legítimos de sobrevivência. O sistema de controle social atua com todo rigor na repressão da força de trabalho excedente marginalizada do mercado (o discurso de proteção do cidadão 'honesto', ou de combate ao 'crime nas ruas', legitima a coação do Estado), mas o objetivo real é a *disciplina da força de trabalho ativa* (...) o temor da prisão controla a força de trabalho ativa, garantido a produção material e a reprodução da ordem social.

Não é percebida pela população a ligação existente entre o controle do crime e as relações de produção. As agências de controle atuam de forma a reproduzir as relações da sociedade capitalista, isto é, a estrutura econômica (relações de produção) somada ao controle pelas superestruturas jurídicas e políticas do Estado garantem a reprodução das desigualdades socioeconômicas.

A população só conhece as funções declaradas do sistema penal tais como a liberdade, a igualdade. Estas funções, na verdade, ocultam uma realidade de coerção.

Entende-se que não há exploração, mas que pessoas livres decidem realizar um contrato de trabalho. Ninguém é obrigado a trabalhar, há a liberdade de contratar. Esta noção, que teve suas origens no contrato social, oculta a separação

trabalhador/meios de produção, que obriga o indivíduo a vender sua força de trabalho para sobreviver. Como afirmavam Melossi e Pavarini, por trás da liberdade do contrato de trabalho reina a coerção econômica.

Juarez Cirino dos Santos (2006a, pg. 42) tece os seguintes comentários:

A explicação desse fenômeno parece residir na relação entre a esfera de circulação (formas jurídicas) e a esfera de produção (estrutura econômica): o trabalhador, disponível no mercado – a esfera da circulação, regida pelo Direito, em que domina a aparência – vende livremente sua força de trabalho pelo equivalente salarial: é um igual perante a lei, não é logrado pelo capitalista individual. Mas na esfera de produção, em que existe a realidade produtora da aparência, em lugar do salário equivalente encontra a exploração do trabalho, pela expropriação de mais-valia; em lugar da igualdade formal do direito, a desigualdade substantiva; em lugar da liberdade do contrato de trabalho, a coerção das necessidades econômicas. A relação entre a aparência da esfera de circulação e a realidade da esfera de produção explica porque o trabalhador, para sobreviver, deve vender a única mercadoria que possui, ao preço de mercado: a força de trabalho.

Como já foi visto anteriormente, há dois momentos de criminalização: primária e secundária. A criminalização primária é o momento em que o legislador seleciona os bens que pretende proteger através da norma penal. Os bens selecionados para serem protegidos correspondem aos interesses da classe hegemônica, logo aí já ocorre uma pré-seleção dos futuros clientes do sistema penal, ou seja, a classe subalterna. Já os bens que são lesionados pela classe hegemônica e que têm importância fundamental para toda a sociedade não são protegidos. Esta realidade é ocultada pelo **princípio fragmentário** do Direito Penal.

Eis a lição de Juarez Cirino dos Santos (2006a, pg. 45):

A produção de normas penais promove uma simultânea seleção de tipos legais e de indivíduos estigmatizáveis: a estrutura de interesses protegidos (elites de poder econômico e político) e as condutas

ofensivas desses interesses pré-selecionam os sujeitos estigmatizáveis. Assim, o caráter “fragmentário” do direito penal, definido pela idoneidade técnica de certas matérias (e não outras) para a incriminação, oculta a proteção de interesses das classes e grupos sociais de poder econômico e político.

Juarez Cirino dos Santos faz uma comparação entre as classe sociais, distinguindo o papel que elas representam no sistema de produção e seu tratamento pelo sistema penal: a classe trabalhadora desorganizada, formada por desempregados crônicos e marginalizados, sem qualquer função no mercado de trabalho, são os maiores clientes do sistema penal; a classe trabalhadora organizada, que desempenha uma função no mercado de trabalho, cometem os chamados “crimes de fábrica” e não são recrutados pelo sistema penal, pois desfalcaria o processo produtivo; a criminalidade da pequena burguesia raramente aparece nas estatísticas criminais e, a criminalidade da classe dominante (crimes de colarinho branco) é totalmente excluída da perseguição do sistema penal. Assim enuncia Juarez Cirino dos Santos (2006a, pg. 13-14):

A Criminologia Radical define as estatísticas criminais como produtos da luta de classes nas sociedades capitalistas: a) os crimes da classe trabalhadora *desorganizada* (*lumpen*-proletariado, desempregados crônicos e marginalizados sociais, em geral), integrantes da chamada *criminalidade-de-rua*, de natureza essencialmente econômica e violenta, são super-representados nas estatísticas criminais, porque apresentam os seguintes caracteres: constituem ameaça generalizada ao conjunto da população, são produzidos pelas camadas mais vulneráveis da sociedade e possuem a maior transparência ou visibilidade, com repercussões e conseqüências mais poderosas na imprensa, na ação da polícia e na atividade do judiciário; b) os crimes da classe trabalhadora *organizada*, integrada no mercado formal de trabalho (a chamada criminalidade de fábrica, como pequenas apropriações indébitas, furtos e danos), não aparecem nas estatísticas criminais por força da inevitável obstrução dos processos criminais sobre os processos produtivos; c) a criminalidade da *pequena burguesia* (profissionais liberais, burocratas, administradores etc.), geralmente danosa ao conjunto da sociedade por constituir a dimensão inferior da criminalidade de “colarinho branco”, raramente aparece nas estatísticas criminais; d) a grande criminalidade

das *classes dominantes* (burguesia financeira, industrial e comercial), definida como *abuso de poder* econômico e político, a típica criminalidade de “colarinho branco” (especialmente das corporações transnacionais), produtora do mais intenso dano à vida e à saúde da coletividade, bem como ao patrimônio social e estatal, está excluída das estatísticas criminais: a origem estrutural dessa criminalidade, característica do modo de produção capitalista, e o lugar de classe dos autores, em posição de poder econômico e político, explicam essa exclusão.

Vale ressaltar que para a Criminologia Radical, as instituições de controle social (família, escola, meios de comunicação, penitenciárias etc.) são instituições acessórias da formação social, enquanto que a fábrica é a instituição principal (Cirino dos Santos, 2006a, pg. 112):

De um modo geral, a custódia, a coação, a instrução etc., nas instituições de controle sociais, objetivam, primariamente, a formação da massa de trabalhadores e, secundariamente, sua adequação e disciplina como força de trabalho, com as condições de *docilidade* e *utilidade* necessárias ao capital: essa a ligação oculta entre fábrica, nas relações de produção, e prisão, escola, família etc., nas relações de circulação.

O ponto culminante do processo de estigmatização ocorre no cárcere, centro da crítica da Criminologia Radical (Cirino dos Santos, 2006a, pg. 46):

Enfim, o sistema carcerário é o centro da crítica radical ao sistema de justiça criminal, na sua função de dupla reprodução: reprodução das desigualdades das relações sociais capitalistas (pela garantia da separação trabalhador/meios de produção) e reprodução de um setor de estigmatizados sociais, recrutado do exército industrial de reserva, qualificado negativamente em dois sentidos: pela posição estrutural de marginalizado social (fora do mercado de trabalho) e pela imposição superestrutural de sanções estigmatizantes (dentro do sistema penal). A reprodução das desigualdades é realizada pela disciplina dos processos de trabalho (relações de produção) e pelo controle político da força de trabalho (separação trabalhador/meios de produção). A reprodução de estigmatizados sociais favorece a superexploração do trabalho de condenados e de ex-condenados, o emprego do egressos na circulação ilegal do capital (como o tráfico de drogas, por exemplo) e, ainda mais grave, sua utilização em esquadrões fascistas de repressão operária e sindical.

Se as desigualdade econômicas e políticas são as determinantes do crime, logo em uma sociedade onde não haja desigualdades não haverá necessidade de criminalizar para sobreviver, conforme esclarece Cirino dos Santos (2006a, pg.8):

A hipótese de que desigualdades econômicas e políticas entre as classes sociais são determinantes primários do crime revigora teses radicais sobre sociedades livres de crimes – ou livres da necessidade de criminalizar para sobreviver – e orienta o esforço coletivo para a elaboração de uma teoria criminológica comprometida com a construção do socialismo: a libertação do potencial de desenvolvimento humano pela libertação da luta de sobrevivência material de comer, consumir etc.

A solução se encontra, portanto, na construção de uma sociedade igualitária, que será realizada pela classe trabalhadora, mas esta antes precisa tomar consciência de classe e se organizar politicamente (Cirino dos Santos, 2006a, pg. 8):

Admitindo a centralidade da classe trabalhadora como força política capaz de edificar o socialismo, a Criminologia Radical reavalia o significado e destaca a importância crescente das minorias oprimidas pela condição de classe (a população das prisões), de raça (negros, índios etc.), de sexo ou de idade para a execução daquele projeto político.

Por fim, é de se concluir que a Criminologia Radical pretende a abolição das desigualdades sociais, que será atingida através da eliminação da exploração econômica e da opressão política de classe, o que será conseguido através do socialismo.

5. Crítica ao sistema penal: a falsidade do discurso ideológico do direito de punir

5.1. A falsidade do discurso jurídico-penal

O discurso jurídico-penal legítimo é aquele discurso racional, ou seja, coerente e verdadeiro. Como foi visto até agora, o discurso não condiz com a realidade. Todas as finalidades da pena, as justificativas da necessidade do sistema penal, as boas intenções dos órgãos de controle não correspondem ao que ocorre na prática.

O discurso falso, segundo Zaffaroni (2001, pg. 19), é aquele que torna “alucinado um exercício de poder que oculta ou perturba a percepção do verdadeiro exercício de poder”. Neste sentido, o discurso jurídico-penal é falso.

O sistema penal não condiz com o discurso e para adequá-lo teria que mudar sua própria estrutura, pois não se trata de um mero defeito conjuntural, mas da própria forma de exercer o poder. Enquanto a estrutura do poder que rege o sistema penal não for alterada, o discurso permanecerá falso, pois nunca será condizente com a realidade.

O discurso além de falso é perverso, pois sustenta que não há outro meio adequado a substituí-lo e, portanto, a denúncia de sua falsidade colocaria em risco as garantias penais que dele provém.

O discurso afirma que o verdadeiro poder do sistema penal é o repressor (reprimir a ilegalidade), mas sua função mais importante (e não declarada) é

de exercer um poder configurador, militarizado, de vigilância constante, exercido à margem da legalidade, conforme explica Zaffaroni (2001, pg. 24):

Seria completamente ingênuo acreditar que o verdadeiro poder do sistema penal seja exercido, por exemplo, quando suas agências detêm, processam e condenam um homicídio. Esse poder, que se exerce muito eventualmente, de maneira altamente seletiva e rodeada de ampla publicidade através dos meios de comunicação social de massa, é ínfimo se comparado com o poder de controle que os órgãos do sistema penal exercem sobre qualquer conduta pública ou privada através da interiorização dessa vigilância disciplinar por grande parte da população.

A teoria do colarinho branco e da reação social mostraram que não é uma minoria da população – a população marginalizada – que comete crimes, mas a maioria, o que ocorre é que apenas uma parcela dos que cometem crimes são criminalizados e penalizados.

Se a definição legal de crime fosse levada ao “pé da letra”, ou seja, conforme apresentado no discurso, criminalizaria-se várias vezes toda a população. Conforme afirma Zaffaroni (2001, pg. 26): “ se por uma circunstância inconcebível este poder fosse incrementado a ponto de chegar a corresponder a todo exercício programado legislativamente, produzir-se-ia o indesejável efeito de se criminalizar várias vezes toda a população”.

É de se concluir que as instituições penais têm “espaço legal” para atuar sobre qualquer indivíduo, porém o faz quando e contra quem desejam. Ainda nesta linha, Zaffaroni (2001, pg. 27) revela:

Diante da absurda suposição (...) de criminalizar reiteradamente toda a população, toma-se obvio que o sistema penal está *estruturalmente* montado para que a legalidade processual não opere e, sim, para que exerça seu poder com altíssimo grau de arbitrariedade seletiva dirigida naturalmente aos setores vulneráveis.

Também neste sentido, Young (1980, pg. 102):

O duro gume da doce máquina é dirigido, amplamente, contra aqueles situados além dos sistemas e das recompensas do lugar de trabalho – em direção aos “desorganizados”, “improdutivos” ou inúteis. As estatísticas criminais, neste sentido, são indicativas da dispersão de poder considerada necessária para criar uma situação de controle. **Seria absurdo punir todos os ofensores; o objetivo é criar um grupo simbólico, que é psiquicamente e materialmente degradado**, para definir um duro parâmetro dos trabalhos da doce máquina de controle. (Grifei)

Eugenio Raul Zaffaroni (2001, pg. 40) conclui que “em razão da seletividade letal do sistema penal e da conseqüente impunidade das pessoas que não lhe são vulneráveis, deve admitir-se que seu exercício de poder dirige-se à contenção de grupos bem determinados e não à ‘repressão do delito’”.

Conforme visto anteriormente, o discurso declara certas funções e omite outras. O discurso declara que o Direito Penal protege os interesses de todos igualmente, porém oculta o seu real objetivo de reproduzir as relações econômicas e políticas da sociedade capitalista e seu controle pelos grupos de poder.

Com relação ao domínio dos grupos de poder sobre o sistema penal, Sabadell (2005, pg. 157) afirma:

Estes grupos apresentam a proteção de seus interesses particulares como uma reação legítima de “toda a sociedade” contra o “mal”, encarnado na figura do criminoso. Em outras palavras, os referidos grupos possuem o *poder de definição* dos comportamentos desviantes e conseguem, também, controlar a aplicação das normas jurídicas. Assim sendo, o direito penal protege os interesses dos mais fortes, que são apresentados, ideologicamente, como interesses gerais.

Alessandro Baratta (2002, pg. 176) discorre sobre o processo de criminalização primária como instrumento de seleção da classe subalterna e imunização da classe hegemônica:

No que se refere ao direito penal *abstrato* (isto é, à criminalização primária), isto tem a ver com os conteúdos, mas também com os “não-conteúdos” da lei penal. O sistema de valores que neles se exprime reflete, predominantemente, o universo moral próprio de uma cultura burguesa-individualista, dando a máxima ênfase à proteção do patrimônio privado e orientando-se, predominantemente, para atingir as formas de desvio típicas dos grupos socialmente mais débeis e marginalizados. Basta pensar na enorme incidência de delitos contra o patrimônio na massa da criminalidade, tal como resulta da estatística judiciária, especialmente se se prescinde dos delitos de trânsito. Mas a seleção criminalizadora ocorre já mediante a diversa formulação técnica dos tipos penais e a espécie de conexão que eles determinam com o mecanismo das agravantes e das atenuantes (é difícil, como se sabe, que se realize um furto não “agravado”). As malhas dos tipos são, em geral, mais sutis no caso dos delitos próprios das classes sociais mais baixas do que no caso dos delitos de “colarinho branco”. Estes delitos, também do ponto de vista da previsão abstrata, têm uma maior possibilidade de permanecerem imunes. Quanto aos “não-conteúdos”, começa-se, finalmente, a procurar a raiz do assim chamado “caráter fragmentário” do direito penal (que os juristas freqüentemente assumem como um *dado da natureza*), não só na pretensa inidoneidade técnica de certas matérias ao controle mediante o direito penal (ou tautológica assunção da relevância penal de certas matérias, e não de outras), mas, antes, em uma lei de tendência, que leva a preservar da criminalização primária as ações anti-sociais realizadas por integrantes das classes sociais hegemônicas, ou que são mais *funcionais* às exigências do processo de acumulação do capital. Criam-se, assim, zonas de imunização para comportamentos cuja danosidade se volta particularmente contra as classes subalternas.

Com relação ao mito da igualdade do direito penal, Alessandro Baratta

(2002, pg. 162) faz as seguintes considerações:

a) o direito penal protege igualmente todos os cidadãos contra ofensas a bens essenciais, nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos (princípio do interesse social e do delito natural); b) a lei penal é igual para todos, ou seja, todos os autores de comportamentos anti-sociais e violadores de normas penalmente sancionadas têm iguais chances de tornar-se sujeitos, e com as mesmas consequências, do processo de criminalização (princípio da igualdade).

De outro lado, aponta três proposições que constituem a negação do mito do direito penal como direito igual (2002, pg. 162):

a) o direito penal não defende todos e somente os bens essenciais, nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos, e quando pune as ofensas aos bens essenciais o faz com intensidade desigual e de modo fragmentário; b) a lei penal não é igual para todos, o *status* de criminoso é distribuído de modo desigual entre os indivíduos; c) o grau efetivo de tutela e a distribuição do status de criminoso é independente da danosidade social das ações e da gravidade das infrações à lei, no sentido de que estas não constituem a variável principal da reação criminalizante e da sua intensidade.

O marxismo analisou o direito desigual burguês a partir da concepção de contrato e da distribuição.

O contrato expressaria a igualdade formal dos indivíduos, porém, na relação concreta entre eles prevalece a desigualdade substancial. Na distribuição também prevalece esta última, correspondendo ao acesso desigual aos meios de satisfação das necessidades.

A distribuição deriva da lei do valor entre força de trabalho e salário: a igual trabalho, igual retribuição. Tal concepção não leva em consideração a diversidade de capacidades e de necessidades entre os sujeitos (Baratta, 2002, pg. 164).

O correto é que a distribuição seja regulada não pela lei do valor, mas de acordo com as necessidades de cada um, e isso só será possível num estágio mais avançado do socialismo, conforme explica Baratta (2002, pg. 164):

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

Mais especificamente, no âmbito do sistema penal, a desigualdade manifesta-se com relação às chances de ser definido como desviante. Como já foi dito, os bens selecionados para serem protegidos pela norma são os de interesse da classe

hegemônica, criminalizando, conseqüentemente, apenas os atos lesivos das classes subalternas. Daí cair por terra o caráter fragmentário do Direito Penal.

Alessandro Baratta (2002, pg. 165) define o princípio fragmentário como sendo:

(...) ideologia que cobre o fato de que o direito penal tende a privilegiar os interesses das classes dominantes, e a imunizar do processo de criminalização comportamentos socialmente danosos típicos dos indivíduos a elas pertencentes, e ligados funcionalmente à existência de acumulação capitalista, e tende a dirigir o processo de criminalização, principalmente, para as formas de desvio típicas das classes subalternas. Isto ocorre não somente com a escolha dos tipos de comportamentos descritos na lei, e com a diversa intensidade da ameaça penal, que freqüentemente está em relação inversa com a danosidade social dos comportamentos, mas com a própria formulação técnica dos tipos legais. Quando se dirigem a comportamentos típicos dos indivíduos pertencentes às classes subalternas, e que contradizem as relações de produção e de distribuição capitalistas, eles formam uma rede muito fina, enquanto a rede é freqüentemente larga quando os tipos legais têm por objeto a criminalidade econômica, e outras formas de criminalidade típicas dos indivíduos pertencentes às classes no poder.

O baixo nível de vida social que era antes considerado causa da criminalidade pelas teorias criminológicas liberais é revelado como fator de seleção do sistema penal. Tanto o rico como o pobre cometem crimes, mas apenas estes últimos são estigmatizados.

Nesta linha, Alessandro Baratta (2002, pg. 165) ilustra:

As maiores *chances* de ser selecionado para fazer parte da “população criminoso” aparecem, de fato, concentradas nos níveis mais baixos da escala social (subproletariado e grupos marginais). A posição precária no mercado de trabalho (desocupado, subocupado, falta de qualificação profissional) e defeitos de socialização familiar e escolar, que são características dos indivíduos pertencentes aos níveis mais baixos, e que na criminologia positivista e em boa parte da criminologia liberal contemporânea são indicados como a causas da criminalidade, revelam ser, antes, conotações sobre a base das quais o status de criminoso é atribuído.

A deslegitimação do sistema penal começou a aparecer com os resultados das pesquisas empíricas reveladoras de seu fracasso e do empobrecimento de seu discurso, baseado no paradigma etiológico.

Como visto acima, cada teoria criminológica liberal contribuiu de alguma forma para deslegitimar uma parte do discurso: as teorias estrutural-funcionalistas negaram o princípio do bem e do mal, as teorias das subculturas negaram o princípio da culpabilidade, as da rotulação negaram o princípio da prevenção e as teorias do conflito o princípio do interesse social e do delito natural.

A cada crise do sistema penal ele propõe reformas, que nada mais são que uma outra forma de dizer a mesma coisa, e tem o apoio dos meios de comunicação de massa para espalhar o horror e gerar medo na população para que esta sinta a necessidade de ser protegida pelo sistema penal e, assim, não mais duvidar de sua idoneidade para reprimir os conflitos.

Sobre isso, comenta Zaffaroni (2001, pg. 126):

Quando as agências não judiciais notam que seu poder vai minguando ou percebem esta ameaça, por causa de alguma reforma ou tentativa de reforma legal ou jurisprudencial, imediatamente o aparelho de propaganda do sistema penal – os meios de comunicação de massa – lançam uma campanha de “lei e ordem”, cujo objetivo não é outro senão atemorizar a população e provocar um protesto público para pressionar as agências políticas ou judiciais e assim deter a ameaça a seu poder.

O Direito Penal realiza funções simbólicas de projeção de imagens na psicologia popular (Cirino dos Santos, 2006b, pg. 482):

Na área das *situações sociais problemáticas* o Direito Penal parece reduzido ao papel ideológico de criação de *símbolos* no imaginário popular, com o objetivo oculto de legitimar o poder político do Estado e o próprio Direito Penal como instrumento de política social. A legitimação do poder político do Estado ocorre pela criação de uma aparência de *eficiência repressiva* na chamada *luta contra o crime* – definido como

inimigo comum –, que garante a lealdade do eleitorado e, de quebra, reproduz o poder político – por exemplo, o lastimável apoio de partidos populares a projetos de leis repressivas no Brasil é explicável exclusivamente por sua conversibilidade em votos, ou seja, por seus efeitos de conservação/reprodução do poder.

A penalização das “situações sociais problemáticas” não traz solução social alguma, “mas simples solução penal produzida para efeito de satisfação retórica da opinião pública” (Cirino dos Santos, 2006b, pg. 183).

Na realidade, as pessoas não se interessam se a prisão cumpre sua função. O que lhes interessa é que as pessoas sofram pelo o que fizeram (puro retribucionismo) e que fiquem longe da sociedade por medo de serem a próxima vítima (ilusão de que o sistema penal tem controle sobre a criminalidade, isto é, de que o sistema penal pune a maioria dos casos).

Os meios de comunicação transmitem um determinado crime e cria todo aquele sensacionalismo, gerando sensação de insegurança. Então, o sistema penal cria aquela cena de punição do infrator e com isso gera a sensação de segurança na população, o que faz com que ela acredite que o sistema funciona e que é indispensável. Mas na realidade, a maioria dos crimes não é punida. O sistema penal seleciona alguns homicídios e põe na mídia para dizer que está cumprindo seu papel. Mas não está, ele oculta os homicídios que não interessa divulgar (nas prisões, no trânsito, nas favelas etc.). Então, a idéia de que mesmo que a prisão não seja ressocializadora, mas serve pelo menos para manter os assassinos longe da população

mais uma vez falha, porque a grande maioria está fora das prisões, conforme demonstram as cifras negras da criminalidade².

O sistema penal seleciona pessoas para assumir o papel de inimigo social, passando a imagem de uma espécie de guerra e difundindo uma doutrina da segurança nacional.

O sistema age de duas formas com relação ao aniquilamento do inimigo: “quando não é possível exibi-lo com o disfarce na pele de inimigos na guerra suja da política, o fuzilamento é ocultado cuidadosamente”, por outro lado, “quando está no desempenho de seu papel de inimigo na guerra suja da política, o ato é divulgado, havendo casos em que não se pratica o fuzilamento sem a publicidade, para se provar a existência da pretensa guerra e a conseqüente necessidade do controle” (Zaffaroni, 2001, pg. 228).

Estas “execuções sem processo” são exibidas para que a população tema a “guerra” e, assim, aceite a violência do executor e a exija.

O discurso jurídico-penal sobrevive destas encenações. Ele transmite uma imagem fictícia, iludindo a população sobre seus reais fins. Aí está o perigo do discurso, porque aquele que declara abertamente sua tirania, conforme ocorrera nos períodos de ditadura, por exemplo, a população apresenta uma reação, no entanto, o discurso que omite sua posição de dominação é reiteradamente legitimado.

² “Na Itália em 1999 foram registrados nas delegacias de polícia mais de três milhões de delitos. Foram abertos processos contra aproximadamente 500.000 pessoas, sendo que quase 200.000 foram condenados a penas criminais, das quais aproximadamente 60.000 foram privativas de liberdade, cumpridas em presídios. Temos aqui uma pirâmide que torna-se sempre mais estreita, conforme

5.2. Crítica ao sistema prisional e às finalidades da pena privativa de liberdade

Não são somente as normas penais que tem função seletora da clientela do sistema penal. O momento de aplicação daquelas é o segundo passo da seleção e estigmatização, que atinge seu maior grau com o cárcere.

O encarceramento garante a manutenção da divisão da sociedade em classes, pois o condenado carrega o rótulo de criminoso para o resto da vida, ficando excluído do mercado de trabalho, sem oportunidade para progredir neste sistema e, oculta uma criminalidade mais danosa à sociedade que é excluída da criminalização.

Neste sentido, Baratta (2002, pg. 166) afirma que:

(...) não só as normas do direito penal se formam e se aplicam seletivamente, refletindo as relações de desigualdade existentes, mas o direito penal exerce, também, uma função ativa, de reprodução e de produção, com respeito às relações de desigualdade. Em primeiro lugar, a aplicação seletiva das sanções penais estigmatizantes, e especialmente o cárcere, é um momento superestrutural essencial para a manutenção da escala vertical da sociedade. Incidindo negativamente sobretudo no *status* social dos indivíduos pertencentes aos estratos sociais mais baixos, ela age de modo a impedir sua ascensão social. Em segundo lugar, e esta é uma das funções simbólicas da pena, a punição de certos comportamentos ilegais serve para cobrir um número mais amplo de comportamentos ilegais, que permanecem imunes ao processo de criminalização.

O processo de criminalização secundária se concretiza no momento da aplicação da norma. Pesquisas revelam que os agentes do sistema (polícia, Ministério Público, Poder Judiciário) guiam suas ações por preconceitos e estereótipos, que os

passamos pelos vários 'filtros' da justiça penal. Assim sendo, de cada 55 acusados e de cada 8 processados só um cumpriu efetivamente pena privativa de liberdade" (Sabadell, 2005, pg. 162)

levam “a procurar a verdadeira criminalidade principalmente naqueles estratos sociais dos quais é *normal* esperá-la” (Baratta, 2002, pg. 177).

Nas palavras de Sabadell (2005, pg. 163):

O principal alvo do controle policial são as pessoas pobres, de minorias e com escassa educação, porque correspondem à imagem social que se construiu de “bandido” e possuem menos recursos para se defender. Indicamos que nos EUA, em 2003, 44% dos detentos eram homens negros. Comparando com o número total da população branca, latino-americana e negra nos EUA como número de detentos homens abaixo de 40 anos das respectivas categorias, constatamos que em 2003 se encontravam encarcerados três vezes mais latino-americanos do que brancos, e nove vezes mais negros do que brancos.

Tal seletividade é berrante também no Brasil, conforme demonstram as estatísticas trazidas por Sabadell (2005, pg. 164): “a seletividade de classe é particularmente gritante no Brasil onde, segundo o censo penitenciário de 1993, dois terços dos detentos são negros ou mulatos, 76% analfabetos ou semi-analfabetos e 95% encontram-se na faixa da pobreza absoluta”.

As agências policiais perseguem a criminalidade típica da classe subalterna, ou seja, os crimes patrimoniais; outra prova de que protege somente os interesses da classe hegemônica. Segundo Sabadell (2005, pg. 164):

(...) as autoridades encarregadas da repressão perseguem principalmente crimes contra a propriedade, tais como o furto e o roubo. Exemplo: na Alemanha, em 1993, 77,9% dos fatos perseguidos pela polícia correspondiam aos delitos de furto, dano e estelionato. Tais delitos são cometidos quase exclusivamente pelas camadas pobres da população, indicando que o sistema penal protege, na prática, os bens dos “privilegiados”.

Vale ressaltar que os membros da classe subalterna também são as maiores vítimas dos delitos violentos (Sabadell, 2005, pg. 164):

Uma pesquisa empírica sobre o número de homicídios em São Paulo demonstrou que entre 1996 e 1999 o número de homicídios no bairro “pobre” Jardim Ângela era dez vezes maior do que o número de homicídios no bairro “chique” de Moema, onde o nível socioeconômico da população é quatro vezes maior do que no primeiro. Além disso, a grande maioria das vítimas são de sexo masculino, jovens e provenientes das classes baixas, ou seja, as vítimas de crimes violentos não são diferentes daquela que compõem a população carcerária.

Conforme visto anteriormente, os juízes são influenciados pelas meta-regras. Isto tem origem, segundo o conceito de “sociedade divida” de Dahrendorf, em grande parte pelo fato de que os juízes são provenientes das camadas médias e superiores da sociedade e tem diante de si indivíduos provenientes da classe proletária, um universo diferente do seu.

Além das meta-regras e do desconhecimento do juiz acerca do mundo do proletariado, o acusado oriundo desta classe tem contra si a deficiência de sua defesa, seja por não possuir meios financeiros para a contratação de um advogado prestigiado, seja por não se identificar com a pessoa do juiz, por exemplo, em seu modo de se expressar através da linguagem ou de gestos.

De acordo com Alessandro Baratta (2002, pg. 177) “a distância lingüística que separa julgadores e julgados, a menor possibilidade de desenvolver um papel ativo no processo e de servir-se do trabalho de advogados prestigiados, desfavorecem os indivíduos socialmente mais débeis”.

De outro lado, o indivíduo proveniente das classes média e alta, como apresenta as mesmas características do julgador e não passou pelo processo de estigmatização, é visto como bom cidadão, incapaz de cometer crimes.

Sobre o tratamento a este tipo de indivíduo, Sabadell (2005, pg. 163) enuncia:

O “bom cidadão” consegue um tratamento preferencial graças à sua aparência (vestidos, gestos), o modo de falar e outros elementos de cultura e hábitos que ele compartilha com os órgãos de controle. Além disso, uma pessoa poderosa tem maiores possibilidades de ser defendido de forma adequada, conhecer melhor os seus direitos, receber apoio de pessoas influentes etc.

O cárcere é o momento culminante do processo de seleção, sendo que este se inicia antes mesmo da intervenção penal, com a discriminação social e escolar.

Ele capta a mão-de-obra excedente visando o controle da mão-de-obra ativa, isto quer dizer que, com a ameaça do cárcere, os trabalhadores sentem-se aliviados por estarem empregados o que não dá margem a contestações às condições de trabalho. A prisão também insere o condenado numa carreira criminosa e este quando deixa o encarceramento é levado ao mercado ilegal de trabalho.

Sobre a função do exército de reserva Baratta (2002, pg. 167) declara:

Este setor qualificado do “exército industrial de reserva” cumpre não só funções específicas dentro da dinâmica do mercado de trabalho (pense-se na superexploração dos ex-condenados e no correspondente efeito de concorrência em relação aos outros trabalhadores), mas também fora daquela dinâmica: pense-se no emprego da população criminal nos mecanismos de circulação ilegal do capital, como peão na indústria do crime, no ciclo da droga etc. Pense-se, além disso, no recrutamento de esquadrões fascistas entre a população criminosa.

A prisão acarreta a “distância social”, isto é, o não-estigmatizado afasta-se do estigmatizado pelo receio de sofrer um processo de estigmatização (“diga-me com quem andas que te direi quem és”). Ela provoca o isolamento da população carcerária do resto da sociedade. Em outras palavras, “a estigmatização do outro com a pena reprime o medo pela própria diminuição de *status*, e determina o que se pode definir uma ‘proibição de coalizão’, que tende a romper a solidariedade entre a sociedade e os punidos, e aquela entre os próprios punidos” (Baratta, 2002, pg. 175).

Provoca-se a destruição de laços comunitários, gerando mais intolerância e, portanto, mais violência. Zaffaroni (2001, pg. 145) explica:

(...) apesar de o sistema penal ser plurifuncional (...) entre essas funções emergem, como as mais notórias, a criação e o aprofundamento de antagonismos e contradições sociais e conseqüentemente o enfraquecimento e a destruição de vínculos comunitários, horizontais e de simpatia. Não é à toa que se permite e se fomenta que o sistema penal – mediante a deterioração regressiva de identidades e a criação de papéis artificiais (de “delinquentes”, de “policiais” ou de “juizes”) que venham a ocupar o espaço deteriorado – gere antagonismos entre diferentes grupos de carentes, dentro destes mesmos grupos, ou entre esses grupos e os setores médios, provocando, assim, a necessidade constante de maior violência repressiva e o aumento de deteriorados.

Uma das contradições do cárcere é que ele educa para a liberdade em condição de não liberdade. O preso tem uma série de restrições incompatíveis com a vida em sociedade: fumar, beber, ver TV, comunicar-se por telefone e correspondência, manter relações sexuais, perda de privacidade, submissão a revistas degradantes etc. Enfim, a prisão impõe uma cultura de cadeia, totalmente distinta da vida em liberdade.

Estas condições somadas à superpopulação nas prisões, higiene precária, alimentação deficitária, dentre outras, tornam impossível qualquer tipo de ressocialização. Contudo, o cárcere acerta ao falhar, ou seja, seu objetivo não é ressocializar, mas manter as relações de produção.

Alessandro Baratta (2002, pg.183-184) explica que:

O cárcere é contrário a todo moderno ideal educativo, porque este promove a individualidade, o auto-respeito do indivíduo, alimentado pelo respeito que o educador tem dele. As cerimônias de degradação no início da detenção, com as quais o encarcerado é despojado até dos símbolos exteriores da própria autonomia (vestuários e objetos pessoais), são o oposto de tudo isso. A educação promove o sentimento de liberdade e de espontaneidade do indivíduo: a vida no cárcere, como universo disciplinar, tem um caráter repressivo e uniformizante.

Como foi dito, o condenado é inserido numa cultura de prisão. Perde os hábitos da vida em liberdade (desculturação) e passa a se comportar conforme os costumes da prisão (aculturação).

Sobre os processos de desculturação e aculturação, importante salientar os ensinamentos de Alessandro Baratta (2002, pg. 185):

(...) “desculturação”, ou seja, a desadaptação às condições necessárias para a vida em liberdade (diminuição da força de vontade, perda do senso de auto-responsabilidade do ponto de vista econômico e social), a redução do senso de realidade do mundo externo e a formação de uma imagem ilusória deste, o distanciamento progressivo dos valores e dos modelos de comportamento próprios da sociedade externa. O segundo ponto de vista, oposto mas complementar, é o da “aculturação” ou “prisionalização”. Trata-se da assunção das atitudes, dos modelos de comportamento, dos valores característicos da subcultura carcerária.

Segundo Alessandro Baratta, o efeito de prisionalização conduz a dois processos: educação para ser criminoso e educação para ser bom preso.

Com relação ao primeiro, Baratta (2002, pg. 185) afirma o seguinte:

(...) a hierarquia e a organização informal da comunidade é dominada por uma restrita minoria de criminosos com forte orientação anti-social, que, pelo poder e, portanto, pelo prestígio de que goza, assume uma função de modelo para os outros, sendo, ao mesmo tempo, uma autoridade com quem o *staff* da instituição é constrangido a mediar o próprio poder normativo de fato. A maneira pela qual são reguladas as relações de poder e de distribuição de recursos (também daqueles relativos às necessidades sexuais) na comunidade carcerária, favorece a formação de hábitos mentais inspirados no cinismo, no culto e no respeito à violação ilegal.

Tal situação pode ser exemplificada pelas facções nos presídios. Um sujeito que ingressa na prisão, mas não participa de nenhuma facção, acaba aderindo a uma para garantir proteção e receber alguns benefícios.

Sobre a educação para ser bom preso, Baratta (2002, pg. 185) enuncia:

A educação para ser bom preso ocorre, em parte, também no âmbito da comunidade dos detidos, dado que a assunção de um certo grau de ordem, da qual os chefes dos detidos se fazem garantes frente ao staff (em troca de privilégios), faz parte dos fins reconhecidos nesta comunidade. Esta educação ocorre, ademais, através da aceitação das normas formais da instituição, e das informais postas em ação pelo staff. Em geral, pode-se dizer que a adaptação a estas normas tende a interiorizar modelos exteriores de comportamento, que servem ao ordenado desenvolvimento da vida da instituição. Esta se torna o verdadeiro objetivo da instituição, enquanto a função propriamente educativa é amplamente excluída do processo de interiorização das normas (...) A relação com os representantes dos órgãos institucionais, que, desse modo, se torna característica da atitude do preso, é marcada, ao mesmo tempo, pela hostilidade, pela desconfiança e por uma submissão sem consentimento.

Ainda com relação à ressocialização, pode-se afirmar que tal finalidade é inalcançável também porque a sociedade que exclui o condenado com a desculpa de ressocializá-lo e reinseri-lo, não o aceita de volta. Tal se evidencia, por exemplo, no fato de que a maioria da população recusa-se a empregar egressos.

Sobre a relação cárcere-sociedade, Baratta (2002, pg. 186) afirma que: “antes de tudo, esta relação é uma relação entre quem exclui (sociedade) e quem é excluído (preso). Toda técnica pedagógica de reinserção do detento choca contra a natureza mesma desta relação de exclusão. Não se pode, ao mesmo tempo, excluir e incluir”.

As relações de exploração, submissão, violência ilegal ocorridas na prisão são comuns na sociedade. Logo, antes de pensar em transformar indivíduos, é necessário transformar a própria sociedade. Diante disso, Baratta (2002, pg.186) declara:

Antes de falar de educação e de reinserção é necessário, portanto, fazer um exame do sistema de valores e dos modelos de comportamento

presentes na sociedade em que se quer reinserir o preso. Um tal exame não pode senão levar à conclusão, pensamos, de que a verdadeira reeducação deveria começar pela sociedade, antes que pelo condenado: **antes de querer modificar os excluídos, é preciso modificar a sociedade excludente, atingindo, assim, a raiz do mecanismo de exclusão.** De outro modo permanecerá, em quem queira julgar realisticamente, a suspeita de que a verdadeira função desta modificação dos excluídos seja a de aperfeiçoar e de tornar pacífica a exclusão, integrando, mais que excluídos na sociedade, a própria relação de exclusão na ideologia legitimante do estado social. (Grifei)

O controle sobre o indivíduo permanece mesmo depois de sua saída da prisão. O sistema cria técnicas para cada vez mais aumentar sua vigilância e dominação fora dos muros do cárcere. Assim, ensina Baratta (2002, pg. 187):

O cuidado crescente que a sociedade punitiva dispensa ao encarcerado depois do fim da detenção, continuando a seguir sua existência de mil modos visíveis e invisíveis, poderia ser interpretado como a vontade de perpetuar, com a assistência, aquele estigma que a pena tornou indelével no indivíduo. A hipótese de Foucault, da ampliação do universo carcerário à assistência antes e depois da detenção, de modo que este universo seja constantemente sob o foco de uma sempre mais científica observação, que se torna, por seu turno, um instrumento de controle e de observação de toda a sociedade, parece, na realidade, muito próxima da linha do desenvolvimento que o sistema penal tomou na sociedade contemporânea. Este novo “panopticon” tem sempre menos necessidade do sinal visível (os muros) da separação para assegurar-se o perfeito controle e a perfeita gestão desta zona particular de marginalização, que é a população criminosa.

Neste contexto, verifica-se a diminuição da população carcerária e o aumento dos meios alternativos à prisão, como o livramento condicional e a suspensão condicional da pena. Tal se deu não por motivos humanitários, mas pelo fato de se ter um maior controle das pessoas e de condicionar suas vidas fora da prisão e também para diminuir os problemas de superlotação. Ademais, há sempre a possibilidade de conversão dos substitutivos penais ao encarceramento.

Juarez Cirino dos Santos (2006b, pg. 603) explica a real finalidade dos substitutivos penais:

Assim, os *substitutivos penais* não enfraquecem a prisão, mas a revigoram; não diminuem sua necessidade, mas a reforçam; não anulam sua legitimidade, mas a ratificam: são instituições *tentaculares* cuja eficácia *depende* da existência *revigorada* da prisão, o *centro nevrálgico* que estende o *poder de controle* sobre as massas miserabilizadas do capitalismo neoliberal contemporâneo, com possibilidades de novos *reencarceramentos* se a expectativa comportamental em relação aos controlados não confirmar o prognóstico dos *controladores* do sistema penal.

Conforme já visto, o cárcere surgiu como uma necessidade do capitalismo e permanece até hoje como instrumento de reprodução deste sistema. A prisão está a serviço das relações de produção, seu objetivo é manter as desigualdades sociais, portanto, ela nunca proporcionará qualquer benefício à sociedade.

Neste sentido, Baratta (2002, pg. 190) afirma que:

A esperança de socializar, através do trabalho setores de marginalização criminal, se choca com a lógica da acumulação capitalista, que tem necessidade de manter em pé setores marginais do sistema e mecanismos de renda e parasitismo. Em suma, é impossível enfrentar o problema da marginalização criminal sem incidir na estrutura da sociedade capitalista, que tem necessidade de desempregados, que tem necessidade, por motivos ideológicos e econômicos, de uma marginalização criminal.

Embora se tenha revelado os efeitos marginalizadores do cárcere, sua impossibilidade de cumprir as funções de reeducação e reinserção social, o fracasso das reformas desta instituição, o Direito Penal continua auto-definindo-se como “direito penal do tratamento”.

A cada crise do cárcere o discurso apresenta novas reformas. No entanto, elas apenas dão uma nova roupagem, mas não muda o conteúdo. O cárcere é

desigual por natureza, ele foi criado para ser instrumento de exploração e dominação, logo não são meras reformas que mudarão um problema que é estrutural. A solução é a abolição do cárcere, já que sua essência será sempre de reprodutor das relações sociais.

5.3. Soluções e alternativas ao sistema penal

A Criminologia Crítica prega através do Direito Penal Mínimo a descriminalização, a despenalização e a descarcerização. As duas primeiras têm o objetivo de reduzir o Direito Penal, enquanto esta última o de humanizar as condições de vida nas prisões.

O Direito Penal Mínimo, portanto, objetiva reduzir o Direito Penal e humanizar o sistema penal, com o objetivo final de aboli-lo.

A partir de agora, analisar-se-á as propostas de descriminalização, despenalização e descarcerização.

Juarez Cirino dos Santos (2006b, pg. 701-702) elenca as seguintes hipóteses em que se aplica a **descriminalização**:

Em primeiro lugar, a *descriminalização* é indicada em todas as hipóteses (a) de crimes punidos com detenção, (b) de crimes de ação penal privada, (c) de crimes de ação penal pública condicionada à representação e (d) de crimes de perigo abstrato – sob os seguintes fundamentos: a) primeiro, violação do princípio de *insignificância*, por conteúdo de injusto mínimo, desprezível ou inexistente; b) segundo, violação do princípio de *subsidiariedade* da intervenção penal, como *ultima ratio* da política social, excluída no caso de suficiência de meios não penais; c) terceiro, violação do princípio de idoneidade da pena, que

pressupõe demonstração empírica de efeitos sociais úteis, com exclusão da punição no caso de efeitos superiores ou iguais de normas jurídicas não penais; d) quarto, violação do *primado da vítima*, que viabilizaria soluções restitutivas ou indenizatórias em lugar da punição.

Sob outros fundamentos, justifica-se a descriminalização dos crimes sem vítima, tais como o auto-aborto, aborto consentido, posse de drogas etc. Juarez Cirino dos Santos (2006b, pg. 702) apresenta os fundamentos:

a) primeiro, violação do princípio de criminalização exclusiva da *lesão de bens jurídicos individuais* definíveis como *direitos humanos* fundamentais; b) segundo, violação do princípio de *proporcionalidade concreta* da pena, porque a punição agrava o problema social, ou produz custos sociais excessivos, especialmente em condenados das classes sócias subalternas, objeto preferencial da repressão penal.

Outra hipótese suscetível de descriminalização é o caso dos crimes qualificados pelo resultado, pois sua criminalização supõe a responsabilidade objetiva, conforme explica Juarez Cirino dos Santos (2006b, pg. 702):

(...) a *descriminalização* é indicada nas hipóteses de crimes *qualificados pelo resultado*, como a lesão corporal qualificada pelo resultado morte (art. 129, § 3º, CP), sob o fundamento de violação do princípio de *responsabilidade penal subjetiva*, como imputação de responsabilidade penal objetiva originária do velho *versari in re illicita* do direito penal canônico, incompatível com o Estado Democrático de Direito.

Por último, Juarez Cirino dos Santos indica a descriminalização no caso do direito penal simbólico, por ser mais eficaz a aplicação de sanções civis e administrativas.

Com relação à *despenalização*, a Criminologia Crítica propõe a extinção das penas mínimas, a redução das penas máximas, redefinição dos substitutivos penais e das hipóteses de extinção da punibilidade e a despenalização parcial dos crimes hediondos.

Segundo Juarez Cirino dos Santos (2006b, pg. 703), a redução da pena mínima é necessária pelas seguintes razões:

a) viola o princípio da culpabilidade em casos de necessária fixação de pena abaixo do mínimo legal – por circunstâncias judiciais ou legais – hipóteses em que a pena não constitui medida da culpabilidade e, portanto, é ilegal; b) impede políticas criminais humanistas concebidas para reduzir os efeitos desintegradores, dessocializadores e criminogênicos da prisão.

A segunda proposta é reduzir a pena máxima de todos os tipos legais. O poder desestimulante da pena não se dá por sua gravidade, como já indicava Beccaria, mas pela certeza da punição.

Em seguida, faz-se necessária a redefinição dos substitutivos penais e das hipóteses de extinção de punibilidade de forma a permitir uma ampla despenalização.

Juarez Cirino dos Santos (2006b, pg. 703) traça um plano para a prescrição:

(...) redução dos prazos arbitrários da *prescrição da pretensão punitiva*, desconsideração das causas de interrupção da *prescrição retroativa* (impossíveis em processos mentais retrospectivos baseados no fluxo imaginário do tempo) e institucionalização legal da *prescrição retroativa antecipada* (por economia processual e pacificação social).

Também propõe a extensão dos casos de extinção da punibilidade para os crimes patrimoniais comuns não violentos quando houver ressarcimento do dano ou restituição da coisa.

Com relação à despenalização parcial dos crimes hediondos, pretende-se o cancelamento da agravação dos limites penais mínimos e máximos, pelos fundamentos a seguir narrados por Cirino dos Santos (2006b, pg. 704):

a) violação do princípio da *resposta penal não contingente*, pelo qual a lei penal deve ser resposta solene a conflitos sociais fundamentais, gerais e duradouros, com debates exaustivos do Poder Legislativo, mas também dos partidos políticos, dos sindicatos e outras organizações da sociedade civil; b) violação do princípio de *proporcionalidade abstrata*, pelo qual a pena deve ser proporcional ao dano social do crime.

Por fim, tem-se a proposta de humanização do sistema penal, por meio da descarcerização e da garantia dos direitos do condenado.

A descarcerização surge da necessidade de despovoar as prisões, o que pode ser conseguido através da extinção, redução ou desinstitucionalização da execução penal, como por exemplo, com a redução do tempo de cumprimento de pena para a concessão do livramento condicional e a eliminação da exigência de pressupostos subjetivos, em razão de sua natureza arbitrária e idiossincrática; na remição da pena, considerar que a cada dia trabalhado (ao invés de três) deve se descontar um dia de pena; ampliar o limite da pena aplicada para a concessão do regime aberto (de quatro para seis ou oito anos); acelerar a mudança de um regime mais grave para o menos grave, “mediante redução do tempo mínimo de cumprimento de pena no regime anterior (...) tendo em vista a natureza arbitrária desses limites mínimos e a necessidade de reduzir os efeitos negativos da prisão”. (Cirino dos Santos, 2006b, pg. 704-705)

Sobre os direitos do condenado, é preciso incluir, de forma a compensá-lo pelas consequências nefastas da criminalização, a prestação de alguns serviços públicos: “a) instrução geral e profissional, como condição de promoção humana; b) trabalho interno e externo, como condição de dignidade humana; c) serviços médicos, odontológicos e psicológicos especializados, como condição de existência humana” (Cirino dos Santos, 2006b, pg. 705).

Não se pode perder de vista que o Regime Disciplinar Diferenciado é uma aberração que deve ser imediatamente extinta, por afrontar os princípios da humanidade e da proporcionalidade.

Segundo Juarez Cirino dos Santos, estas propostas são reformas idôneas para reduzir os males do Direito Penal, porém, ressalta que a única resposta para a criminalidade é a democracia real, pois, “nenhuma política criminal substitui políticas públicas de emprego, de salário digno, de moradia, de saúde e, especialmente, de escolarização em massa da população, a única riqueza do Estado, como organização política do poder soberano do povo” (Cirino dos Santos, 2006b, pg. 706).

O objetivo final é a abolição do cárcere, mas enquanto isso não ocorre não se pode ignorar os problemas atuais do cárcere, por isso é tão importante a concretização das propostas acima mencionadas. Desta forma, a Criminologia Crítica propõe menos “melhor cárcere” e mais “menos cárcere”, ou seja, aumentar as alternativas à prisão. Juarez Cirino dos Santos (2006b, pg. 700) faz as seguintes considerações:

Na base dessa proposta está a consciência de que *cárceres melhores* não existem – daí, a proposta de *abolição* do sistema carcerário –, mas também a consciência de outras coisas: que toda melhora das condições de vida do cárcere deve ser estimulada, que é necessário distinguir entre *cárceres melhores* e *piores*, que não é possível apostar na hipótese de *quanto pior, melhor* etc. Por tudo isso, o objetivo imediato é **menos *melhor* cárcere e mais *menos* cárcere**, com a maximização dos substitutivos penais, das hipóteses de regime aberto, dos mecanismos de diversão e de todas as indispensáveis mudanças humanistas do cárcere.

A política criminal radical propõe também a abolição da prisão, passando pela transformação da estrutura socioeconômica, jurídica e política, pela conquista do poder pelo proletariado, chegando ao socialismo.

Juarez Cirino dos Santos (2006a, pg. 119-120) fala dos objetivos da política criminal radical:

A política criminal radical, fundada nas relações de produção, objetiva transformar a estrutura econômica e as superestruturas jurídicas e políticas do capitalismo, mediatizada pela redução das desigualdades sociais na área do sistema de justiça criminal, a ampliação da democracia nas relações de poder político e a promoção do contrapoder proletário, pelo desenvolvimento da consciência de classe e da organização política da classe trabalhadora: a política de substitutivos seria um desdobramento tático imediato de uma estratégia geral radical (construção do socialismo), com um sentido humanista e liberalizante, por um lado, e o restabelecimento da funcionalidade precária das relações de dominação, por outro lado, que marcam o reformismo penal.

As propostas da Criminologia Radical abrangem, além do processo de criminalização e o do sistema carcerário, a opinião pública, responsável pela legitimação do discurso jurídico-penal.

Com relação ao processo de criminalização, a proposta varia conforme a classe social do delinqüente (Cirino dos Santos, 2006a, pg. 120-121):

a) uma política de criminalização e de penalização da criminalidade das classes dominantes, como a criminalidade econômico-financeira, o abuso de poder político, a corrupção administrativa, as práticas anti-sociais em áreas de segurança do trabalho, da saúde pública, da ecologia, da economia popular e do patrimônio social e estatal; b) uma política de descriminalização e despenalização da criminalidade das classes dominadas, mediante a contração do sistema punitivo em crimes de bagatela, crimes punidos com detenção ou de ação penal privada, crimes políticos e de opinião, drogas etc., com substituição de sanções estigmatizantes por não-estigmatizantes nos demais casos.

Ressalta-se que para os casos em que subsiste a prisão, a Criminologia Radical propõe a ampliação das garantias do preso, tal como enuncia Cirino dos Santos: “ respeito à integridade física e psíquica do preso, garantia dos direitos subsistentes do condenado (todos, exceto a liberdade), como trabalho, educação, alimentação, recreação, vida sexual regular, comunicação etc.” (2006a, pg. 122).

Quanto ao sistema carcerário, já foi visto que o objetivo final é a sua abolição. Mas como isso não se consegue do dia para a noite é importante, neste ínterim, ampliar as medidas alternativas à prisão e aproximar a sociedade desta através de associações de presos, associações de bairros, organizações de trabalhadores, sindicatos etc.

Sobre o sistema carcerário Cirino dos Santos (2006a, pg. 121) revela:

As funções reais do aparelho penal, de reprodução das condições de produção (separação trabalhador/meios de produção), de garantia da exploração capitalista (relações de produção), com as conseqüências de marginalização social e de desarticulação política da força de trabalho excedente, somado ao fracasso da ideologia penitenciária (controle da criminalidade e correção do criminoso), justificam o objetivo estratégico: a preservação da instituição carcerária só interessa às classes dominantes. Entretanto – além da descriminalização e da despenalização –, o objetivo estratégico de abolição da prisão requer mediações políticas táticas, como a extensão de medidas alternativas da pena e a abertura do cárcere para a sociedade. As formas alternativas da suspensão condicional da pena, do livramento condicional, dos regimes de liberdade e de semiliberdade etc., são plenamente justificadas como etapas de aproximação do objetivo estratégico final. A abertura do cárcere para a sociedade limita as conseqüências de marginalização e de desarticulação política promovidas pelo sistema carcerário, possibilitando a reintegração do condenado em sua classe – e, portanto, na sociedade de classes –, pela ação coordenada de associações de presos e de organizações dos trabalhadores, como partidos políticos, sindicatos, comitês de fábrica, associações de bairros etc., transferindo o processo de ressocialização da prisão (Estado) para a comunidade.

Sobre a opinião pública, ressalta-se que é influenciada pelas teorias vulgares da criminalidade, pelo estereótipo de criminoso, pela ideologia de “lei e ordem”, pelo falso discurso de igualdade e proteção geral de interesses e pela idéia de união contra o inimigo comum. Neste sentido, Cirino dos Santos (2006a, pg. 123) aponta algumas estratégias:

(...) inverter as relações de hegemonia ideológica, no sentido *gramsciano* de dominação e direção, mediante a crítica sistemática das superestruturas de controle, a intensificação da produção científica na perspectiva teórica e ideológica radical e a difusão de informações acessíveis ao consumo público, provendo bases para “discussões de massa” da questão criminal e a superação definitiva do teorismo criticista de intelectuais progressistas através de uma prática social transformadora.

Alessandro Baratta indica quatro estratégias para uma política criminal das classes subalternas.

Primeiro, ele afirma a necessidade de se analisar o desvio e a criminalidade a partir da estrutura social, de forma a considerar diferentemente os delitos das classes subalternas e das hegemônicas, tendo em vista que decorrem de fatores diversos (Baratta, 2002, pg. 200-201):

Os primeiros são expressões específicas das contradições que caracterizam a dinâmica das relações de produção e de distribuição, em determinada fase do desenvolvimento da formação econômico-social, na maioria dos casos uma resposta individual e politicamente inadequada àquelas contradições, por parte de indivíduos socialmente desfavorecidos. Os segundos são estudados à luz da relação funcional que intercorre entre processos legais e processos ilegais da acumulação e da circulação do capital, e entre estes processos e a esfera política.

Desta forma, conclui-se que o necessário não é a adoção de uma política penal (lei penal, sua aplicação, execução da pena e medidas de segurança), mas de uma política criminal que visa a transformação social e institucional, atuando

não apenas nas relações de distribuição, mas principalmente sobre as relações de produção.

Em segundo lugar, é preciso aumentar a tutela penal sobre aqueles interesses essenciais para toda a comunidade, tais como, saúde, meio ambiente, segurança do trabalho etc. e, aumentar a repressão à criminalidade econômica e a praticada pelos membros do alto escalão do poder. De outro lado, deve ser realizada a contração máxima do sistema penal para os delitos típicos da classe subalterna, substituindo a medida de penalização por meios não estigmatizantes, como a reparação civil.

A terceira estratégia é a abolição do cárcere, pois, ao invés de controlar a criminalidade e ressocializar (conforme alega o discurso), provoca a marginalização, a estigmatização, o distanciamento social.

Para se chegar à abolição é preciso passar por algumas etapas, conforme exposto acima: ampliação das medidas alternativas, abertura do cárcere para a sociedade etc.

Por fim, é preciso atuar sobre a opinião pública, que é fortemente influenciada pelas teorias do senso comum da criminalidade e que só aumentam o desejo na população por vingança, omitem as reais funções do sistema e aumentam a distância social entre os estigmatizados e não-estigmatizados.

Sobre a opinião pública Baratta (2002, pg. 204-205) considera o seguinte:

Na opinião pública, enfim, se realizam, mediante o efeito dos *mass-media* e a imagem da criminalidade que estes transmitem, processos de indução de *alarme social* que, em certos momentos de crise do sistema de poder, são diretamente manipulados pelas forças políticas interessadas, no curso das assim chamadas campanhas de “lei e

ordem”, mas que, mesmo independentemente destas campanhas, limitadas no tempo, desenvolvem uma ação permanente para a conservação do sistema de poder, obscurecendo a consciência de classe e produzindo a falsa representação de solidariedade que unifica todos os cidadãos na luta contra um “inimigo interno” comum.

Eugenio Raul Zaffaroni (2001, pg. 175) também tece comentários sobre a opinião pública:

(...) é fundamental a neutralização do aparelho de propaganda violenta do sistema penal, ou seja, a introdução de mensagens diferentes nos meios de comunicação de massa. Tal objetivo pode ser alcançado através da produção local de material de diversão para os meios de comunicação de massa com exigências de papéis menos violentos – não psicóticos, nem paternalistas – para os operadores dos sistemas penais.

Alessandro Baratta (2002, pg. 206-207) frisa a função do sistema penal como instrumento mantenedor da desigualdade e subordinação nas sociedades de classe (sociedade capitalista). Logo numa sociedade igualitária e livre, como é aquela fundada no socialismo, o sistema penal não seria mais necessário:

Quanto mais uma sociedade é desigual, tanto mais ela tem necessidade de um sistema de controle social de tipo repressivo (...) Se o direito penal é um instrumento precípua de produção e de reprodução de relações de desigualdade (...) então não devemos hesitar em declarar o modelo da sociedade socialista como o modelo de uma sociedade que pode prescindir cada vez mais do direito penal e do cárcere.

A base ideológica do Direito Penal é fundada nos interesses das classes dominantes, com base na separação trabalhador/meios de produção, objetivando reproduzir as relações de classe, a desigualdade, a exploração, a submissão, as relações de produção etc.

O sistema penal é meio idôneo para se atingir estes objetivos, visto que ele absorve o excedente de mão-de-obra, com efeito sobre a força de trabalho ativa

(fixação do salário em um patamar baixo e aceitação de condições desfavoráveis de trabalho), estigmatiza a classe subalterna e oculta os crimes da classe hegemônica.

Desta forma, não há outra solução senão abolir o cárcere e instaurar a sociedade igualitária (socialista), no entanto, não se pode perder de vista que estes são objetivos mediatos. Não são alcançados de uma hora para outra, por isso deve-se lutar pela supressão máxima do sistema penal, através da descriminalização, despenalização, descarcerização e pela conscientização de classe.

6. Conclusão

Como o objetivo deste trabalho é analisar a estrutura do sistema penal e do cárcere foi preciso pesquisar a história das prisões, as razões de seu surgimento. Verificou-se que, inicialmente, a pena privativa de liberdade não era considerada pena em si mesma, era utilizada geralmente com o objetivo de deter o delinqüente até o julgamento. Depois, este determinaria a fiança, ou a pena corporal ou ainda a pena capital como sanção condenatória.

A pena de prisão se consolida como pena por excelência somente com o surgimento do capitalismo e sua necessidade por força de trabalho. Como havia escassez de mão-de-obra, criaram-se as casa de correção para recrutar mendigos, ladrões, órfãos, prostitutas para realizar o trabalho manufatureiro, mediante um rígido esquema de disciplina.

Percebe-se com isso que o cárcere está deslegitimado já em sua origem, pois só existe como instrumento das relações de produção. Surgiram, depois, discursos inventando finalidades para a pena privativa de liberdade e, assim, foi se esquecendo a essência do cárcere.

Muitos se enganam, atualmente, pensando que o cárcere surgiu como uma medida humanitária para substituir os atrozes castigos corporais, ou que surgiu para ressocializar o delinqüente ou para dissuadir o comportamento criminoso. Mas, este trabalho desmascara o sistema prisional e suas finalidades falaciosas.

As finalidades atribuídas à pena privativa de liberdade abordadas aqui são as retributivas e as preventivas. As primeiras não são explicáveis racionalmente,

pois não há como entender, senão por um ato de fé, que se pague por um mal aplicando-se outro mal, ademais ela não é compatível com o caráter subsidiário do direito penal e nem com as hipóteses de extinção de punibilidade.

Já a prevenção divide-se em geral e especial. Aquela falha tanto em seu caráter negativo (dissuadir os potenciais infratores) como no positivo (proteger valores sociais). Ora, não é justo que se puna alguém para possivelmente dissuadir uma outra pessoa a cometer crimes, além do que não está provado que a pena desestimula a prática de delitos, nem é justo tirar a liberdade de alguém para preservar valores sociais, neste caso, o bem jurídico fica em segundo plano.

A prevenção especial também se subdivide em negativa e positiva. A primeira visa à neutralização do criminoso que, afastado da sociedade, não é mais uma ameaça e, esta visa a ressocialização.

A própria realidade dos presídios mostra sua incapacidade para ressocializar, o que ocorre na verdade é a formação de carreiras criminosas a partir da prisão.

É uma ilusão acreditar também que com o encarceramento a sociedade esteja segura, pois, conforme demonstram as cifras negras, a maioria dos delitos não são punidos.

Com relação às teorias criminológicas, analisa-se o paradigma etiológico, encontrado na Criminologia Positiva, que investigava as causas da pena em fatores biológicos, físicos, sociais, psicológicos, ou seja, o sujeito é determinado por estas características a cometer crimes, logo o delito era concebido ontologicamente. No entanto, sabe-se que ele não existe antes da definição legal e da reação social, ele surge a partir de processos de criminalização (primária e secundária).

Em seguida, analisa-se a criminologia estrutural-funcionalista, que coloca o homem a serviço do sistema. Sua punição é necessária para manter a coesão social, a normal funcionalidade do sistema.

Merton, representante desta criminologia, considerava o delito como decorrente da falta de meios legítimos da camada pobre da população para atingir as metas estabelecidas pela sociedade. Assim, permanece uma lacuna em sua teoria acerca da criminalidade da camada rica da população, já que ela tem acesso aos meios legítimos.

Em seguida há um grande avanço nas pesquisas criminológicas com a análise de Sutherland sobre a criminalidade de colarinho branco. Ele revela que não são somente os pobres, mas a maioria da população comete crimes, o que ocorre é que os crimes da classe hegemônica não são perseguidos pelo sistema.

Ele elabora a “teoria da associação diferencial”, segundo a qual os indivíduos aprendem o comportamento criminoso por processos de interação (subcultura delinqüente). Tal teoria explica tanto o crime da classe hegemônica como da subalterna.

Esta teoria faz cair por terra o princípio da culpabilidade, pois a liberdade de escolha dos valores é relativa, já que a pessoa está fortemente influenciada pelos valores de sua subcultura.

Uma outra perspectiva da teoria da subcultura são as técnicas de neutralização. Neste caso são estas técnicas (justificações para o crime) que determinam a criminalidade e não os valores da subcultura delitiva.

A grande falha da teoria das subculturas reside no fato de terem herdado da teoria funcionalista o paradigma etiológico. Ambas teorias aceitam,

acriticamente, a qualidade criminosa dos comportamentos examinados, não abordando o problema das relações sociais e econômicas.

A próxima teoria digna de apreciação é o *Labeling Approach*, que substituiu o paradigma etiológico pelo da reação social. Supera-se o determinismo e a consideração do delinqüente como um indivíduo diferente. O crime deixa de ser considerado ontologicamente, ou seja, como sendo preconstituído às definições legais, e passa a ser considerado como um comportamento definido pelo Direito.

Contudo, a teoria da rotulação, segundo a qual a sociedade rotula os indivíduos e por isso estes assumem o papel de delinqüente, nada mais é que puro determinismo. Ademais, ela é uma teoria de médio alcance, pois não analisa os problemas socioeconômicos a partir de uma perspectiva macrosociológica.

A teoria do conflito também contribui para a crítica do sistema penal, mas não é suficiente. Sua grande contribuição foi negar o princípio do interesse social e do delito natural. Mostrou que o Direito Penal não exprime os interesses de todos, mas apenas da classe dominante.

As teorias deslegitimadoras (Criminologia Crítica e Radical) tomam como base de seus estudos os progressos trazidos pelas teorias criminológicas contemporâneas liberais (todas as mencionadas, com exceção da Positivista), mas vai além. Analisa a estrutura da sociedade capitalista, faz a crítica ao sistema penal no contexto das relações de produção e na separação trabalhador/meios de produção.

Adota a perspectiva macrosociológica, aponta todos os defeitos das teorias anteriores, critica arduamente o sistema penal e tece como solução, ao contrário das anteriores, não meras reformas, mas a transformação da sociedade em uma

sociedade igualitária, do proletariado, da ausência de divisão de classes. Numa sociedade assim, o sistema penal não será mais necessário.

As soluções são a extinção do cárcere e da sociedade capitalista, mas enquanto não se atingem estes objetivos é preciso pensar em mecanismos que garantam a justiça no sistema capitalista, por isso da necessidade da descriminalização, despenalização e descarcerização.

BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A Ilusão de Segurança Jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema Penal x Cidadania Mínima: códigos da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Verso e Reverso do Controle Penal : (Des) Aprisionando a Sociedade da Cultura Punitiva*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.

BACILA, Carlos Roberto. *Estigmas: um estudo sobre os preconceitos*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martin Claret, 2003.

BOZZA, Fábio da Silva. *Finalidades e fundamentos do Direito de Punir: do discurso jurídico ao criminológico*. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

CASTRO, Lola Aniyar. *Pensamento Criminológico: resumo gráfico e seu reflexo institucional – da criminologia clássica à criminologia dos direitos humanos*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A Criminologia Radical*. 2. ed., Curitiba: ICPC/Lumen Iuris, 2006.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: parte geral*. Curitiba: ICPC/Lumen Iuris, 2006.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. nascimento da prisão. 32. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

GOFFMAN, Erving. *Estigma*: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. 4. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2006.

MARX, Karl. *O capital*: crítica da economia política. 2. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1985.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e Fábrica*: as origens do sistema penitenciário (século XVI-XIX). Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2006.

MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de; GOMES, Luiz Flavio. *Criminologia*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MÜELLER, Mary Stela; CORNELSEN, Julce Mary. *Temas e Padrões para Teses, Dissertações e Monografias*. 5. ed. Londrina: Eduel, 2003.

PASUKANIS, Eugeny Bronislanovich. *A teoria geral do direito e o marxismo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1989.

PLATT, Tony. Perspectivas para uma Criminologia Radical nos EUA. In: TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. *Criminologia Crítica*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1980, pg. 113-134.

QUEIROZ, Paulo. *Funções do Direito Penal*: legitimação versus deslegitimação do sistema penal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2004.

SANTOS, Cláudia Maria da Cruz. *O crime de colarinho branco*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

SABADELL, Ana Lúcia. *Manual de Sociologia Jurídica: introdução a uma leitura externa do Direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. A Criminologia Crítica na Inglaterra: retrospecto e perspectiva. In: TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. *Criminologia Crítica*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1980, pg. 1-72.

YOUNG, Jock. Criminologia da classe trabalhadora. In: TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. *Criminologia Crítica*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1980, pg. 73-112.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. v. 1., 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

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