

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO

Cassiana de Medeiros Barilli

A INVISIBILIDADE DO APENADO COMO EFEITO
EFETIVAMENTE EXERCIDO PELO CÁRCERE

Passo Fundo
2012

Cassiana de Medeiros Barilli

A INVISIBILIDADE DO APENADO COMO EFEITO
EFETIVAMENTE EXERCIDO PELO CÁRCERE

Monografia apresentada ao curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob orientação do professor Me. Gabriel Antinolfi Divan.

Passo Fundo
2012

Aos meus avós maternos Eloá e Guerino (*in memoriam*), por realmente me ensinarem o verdadeiro significado da palavra amor, pela dedicação e carinho que me aconchegaram durante grande parte de minha vida.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela saúde, força e coragem para me conduzir na realização desse sonho.

À minha mãe, por caminhar ao meu lado nos melhores e piores momentos, por tudo que enfrentamos juntas, sendo o principal pilar que me sustenta.

Ao professor orientador, Gabriel Divan, por compartilhar conhecimentos, por me conduzir a um caminho de amadurecimento de ideias, levando à execução e conclusão deste estudo.

Aos amigos Leíse Schmitt, Priscila Paetzold Trindade, Simone Dalpizol Martins e Henrique Schleder da Silva, pelas palavras de incentivo e cobrança, pela ajuda constante e momentos de alegria.

“As pessoas creem que o processo penal termina com a condenação, o que não é verdade. As pessoas pensam que a pena termina com a saída do cárcere, o que tampouco é verdade. As pessoas pensam que prisão perpétua é a única pena que se estende por toda a vida: eis uma outra ilusão. Senão sempre, nove em cada dez vezes a pena jamais termina. Quem pecou está perdido. Cristo perdoa, os homens não.”

Francesco Carnelutti

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é demonstrar que as garantias asseguradas pela Constituição Federal de 1988 e as normas penais, se efetivadas no cumprimento da pena privativa de liberdade, possuem condições de minimizar a despersonalização gerada pelo cárcere ao apenado. O sistema prisional não vem cumprindo os fins previstos na Lei de Execução Penal, assim como não respeita os princípios constitucionais ao submeter o apenado a situações degradantes, ferindo o fundamento do Estado Democrático de Direito, ou seja, a Dignidade da Pessoa Humana. Por isso, os efeitos efetivamente exercidos pelo cárcere estabelecem relação de desigualdade e exclusão. Não só a prisão produz efeitos negativos ao apenado, como também a sociedade, que ao ter uma percepção errada de segurança, acaba por consentir a arbitrariedade do sistema penal e hostilizar o egresso. Assim, justifica-se a presente abordagem para expor que é possível reduzir os efeitos carcerários, uma vez que há tendências de grupos isolados cumprindo integralmente a lei, não apenas no que se refere à prisão do transgressor, mas também da efetivação de seus direitos. Logo, medidas de urgência e postergação da prisão combinada com uma política de redução de danos e minimização dos efeitos do cárcere, a longo prazo, podem fazer a diferença no sistema prisional. Assim, o estudo baseia-se no método de procedimento comparativo, utilizando-se o método de abordagem hipotético-dedutivo para construção da pesquisa realizada.

Palavras-chave: Dignidade da pessoa humana. Pena privativa de liberdade. Princípios constitucionais. Reação Social. Sistema prisional.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE	10
1.1 Teorias Penais	12
1.2 Evolução Histórica da Pena de Prisão	21
1.3 Pena Privativa de Liberdade no Brasil	34
1.4 Teoria Agnóstica e Função da Pena	41
2 DA EVOLUÇÃO DAS ESCOLAS CRIMINOLÓGICAS: O CRIME COMO FENÔMENO SOCIAL	46
2.1 Objeto de Estudo da Criminologia	50
2.2 Nascimento das Escolas Criminológicas Tradicionais	63
2.2.1 Escola Clássica	64
2.2.2 Escola Positivista	67
2.2.3 Escolas Intermediárias e Teorias Ambientais	74
2.3 Modelos Teóricos da Sociologia Criminal: Criminologia Moderna	77
2.3.1 Escola de Chicago (Teoria Ecológica)	78
2.3.2 Teoria Estrutural-Funcionalista (da Anomia e da Criminalidade)	81
2.3.3 Teoria da Associação Diferencial	83
2.3.4 Teoria das Subculturas Criminais	85
2.4 Alternativa às Teorias Sociológicas Criminais: O <i>Labeling Approach</i> como Ruptura no Paradigma das Teorias Tradicionais – Criminologia Crítica	89
3 DOS EFEITOS COLATERAIS DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO	96
3.1 A Execução Penal sob a Óptica Minimalista	99
3.2 O Armamento Jurídico Penal do Punitivismo e seus Excessos	105
3.3 Sistema Prisional Frente à Execução Penal	121
3.4 Realidade Penitenciária Brasileira: Caótica, Desumana e Medieval	133
CONCLUSÃO	147
REFERÊNCIAS	152

INTRODUÇÃO

O sistema penal atualmente é arbitrário. Encontra-se num movimento de punição generalizada e excessiva, precisando adequar-se à realidade social apresentada, acompanhando a evolução da sociedade e adaptando suas leis e medidas, sob pena de não ser eficaz. O cárcere é o reflexo de como esse sistema de controle se encontra, sendo a desagradável exigência da qual não se pode abrir mão, na falta de outro instituto que realmente possa cumprir as expectativas um dia almejadas na legislação brasileira.

O presente estudo analisa a função efetiva desempenhada pelo cárcere, precisamente a invisibilidade gerada ao apenado, que sofre de todo tipo de preconceito e degradação humana, tanto dentro como fora dos muros da prisão.

Inicialmente, o primeiro capítulo traz um conceito de pena, sendo fundamental para caracterização da pena privativa de liberdade, a qual é o enfoque principal do presente trabalho, uma vez que o cárcere é a sua exteriorização.

Tenta-se justificar a necessidade da pena no ordenamento jurídico perante os delitos. Também, são demonstrados os aspectos que a definem, juntamente com as diversas doutrinas e correntes majoritárias no âmbito penal.

Abordam-se questões em torno das teorias penais, desde os primeiros sistemas penais conhecidos através de fenômenos naturais e manifestações divinas, passando pela vingança privada, o tratamento proporcional, a vingança pública e a influência da religião. As teorias mais aceitas e estudadas se classificam em três: retributivas, preventivas e mistas, as quais procuram buscar justificativas para a existência da pena, explicando seu sentido, função e finalidade.

Acerca da evolução da pena de prisão no mundo, são conhecidos os aspectos da pena junto aos povos antigos, na idade média e moderna, a partir da revolução francesa em 1789 com o início do Iluminismo e atualmente.

Quanto ao surgimento da pena privativa de liberdade no Brasil, são destaques as transformações ocorridas nos períodos da história, apontando antecedentes e bases legislativas a qual o ordenamento jurídico se espelhou, elaborando as primeiras codificações.

Em relação à finalidade e função da pena perante a Constituição Federal de 1988, é feita uma análise crítica do que realmente a Carta Maior amparou em sua estrutura e aos discursos a que se filiou.

Em um segundo momento, é apresentado um estudo sobre a criminologia e as escolas criminais, que buscam explicar as teorias sobre o crime e as transformações que o ser humano vem sofrendo. É retratado o objeto de estudo da criminologia e suas variadas modificações, não se limitando apenas ao homem e ao crime, mas também à vítima e ao controle social.

Além disso, as direções doutrinárias que formam o estudo das escolas criminais se dão através de concepções biológicas, psicológicas e sociológicas. As escolas criminológicas dividiram-se em tradicionais, modelos sociológicos e modelos alternativos (atuais e críticas), sendo que esta passou a ver o homem e o delito através de um ângulo inovador.

Ao fato delitivo é atribuído outro enfoque, aplicando-se marcos teóricos diferentes, onde se proporciona a ruptura de paradigmas, emergindo o questionamento sobre toda a legitimidade dos órgãos de controle social.

O capítulo final trata dos efeitos colaterais do sistema carcerário brasileiro, através dos processos estigmatizantes e de seletividade, em decorrência da criminalização de condutas e da persecução penal. Demonstra-se a carreira delitiva que se forma no âmbito carcerário, bem como os processos degradativos e de despersonalização que o indivíduo sofre ao ingressar na prisão.

São expostos os efeitos provocados pela prisão, assim como os provocados pela sociedade, optando pela distância social e redução de oportunidades para os indivíduos que se envolvem com o sistema penal, surgindo assim, a invisibilidade do apenado.

Analisa-se a lei de execução penal, lei n. 7.210 de 1984, que prevê um conteúdo ressocializador, de inclusão do apenado, onde é demonstrado que na prática não é possível cumpri-la, pois há uma relação de exclusão para quem se quer incluir. Do mesmo modo a Constituição Federal de 1988, posterior à lei de execução penal, consagra os direitos e garantias fundamentais da pessoa e assegura que não haverá penas cruéis.

Confronta-se se as garantias asseguradas pela Magna Carta e as normas penais, caso efetivadas no cumprimento da pena privativa de liberdade, possuem condições de reverter ou minimizar a despersonalização gerada pelo cárcere no apenado.

Enfim, é apresentada a verdadeira estrutura que vigora no sistema penal acerca da prisão e diante da situação do apenado no cárcere.

Justifica-se o trabalho pela importância do tema abordado. Percebe-se que o problema criminal nunca será amenizado senão com uma ampla visão da sociedade e valoração dos princípios gerais de direito, insculpidos na Magna Carta. Portanto, tal pesquisa não deve ser entendida como posicionamento contra ou a favor do cárcere, mas tão somente em relação aos seus efeitos.

O estudo baseia-se no método de procedimento comparativo, utilizando-se o método de abordagem hipotético-dedutivo para construção da pesquisa realizada.

1 DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Inicialmente, neste capítulo, serão abordadas as teorias da pena, que influenciaram na elaboração do Código Penal vigente e suas possíveis funções. Ainda, será feita uma evolução da pena de prisão no mundo, chegando ao surgimento da pena privativa de liberdade no Brasil e como o ordenamento jurídico a expõe e dispõe sobre sua finalidade.

Antes de adentrar na questão da função da pena privativa de liberdade, é necessário discorrer sobre suas generalidades. Há diversas distinções entre sanção, sanção penal, pena, medida de segurança e medidas alternativas. Sanção é o gênero a que pertencem às penas, as medidas de segurança e medidas alternativas, sendo que nem sempre tem natureza penal. Sanção penal é a espécie, onde a pena privativa de liberdade é uma subespécie, a qual vai ser objeto do trabalho.

A pena é uma das consequências jurídicas do delito, consistindo na privação ou restrição de bens jurídicos. É utilizada como forma de controle social, sendo necessária para a efetiva solução de conflitos sociais. Assim, a concepção da pena é a “privação ou restrição de bens jurídicos estabelecida pela lei e imposta pelo órgão jurisdicional contra quem cometeu (culpavelmente) um delito”. (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2007, p. 658).

De acordo com a doutrina penal majoritária e/ou seguindo as teorias de Estado inspirados no contratualismo, a pena seria justificável uma vez que sem ela não haveria maneira de organizar o ordenamento jurídico, sendo ela, segundo esse pensamento, um meio eficaz de resposta frente aos delitos.

Pelo fator psicossocial, a pena seria necessária para realizar o desejo de justiça, pois sem ela vigoraria o sistema da autodefesa, ou seja, vingança privada, já superada pelo ordenamento jurídico.

Já pelo aspecto ético-individual, a pena se justificaria porque faz com que o delinquente reflita a sua conduta, seus atos pessoais, para que eventualmente, alivie o sentimento de culpa.

Segundo Luiz Flávio Gomes e Antônio García-Pablos de Molina:

Pena é a sanção (castigo) imposta pelo Estado (pela autoridade judicial competente), quando necessária (para fins de repressão e de prevenção), de acordo com o devido processo legal, ao agente culpável de um fato punível [...] e justifica-se como instrumento insubstituível (frente a determinados ataques a bens jurídicos) de controle social. (2007, p. 654-657).

Considerando a definição dos autores acima citados, a pena se justificaria como a única forma eficaz de combater o crime, onde não haveria outro meio de resolver um litígio senão impondo um castigo a alguém.

Consoante a essência da pena, tem-se ressaltado uma série de elementos que seriam inerentes ao conceito da mesma, resultando como implicação de um sofrimento e reação de uma violação da lei.

Sustentam Gomes e García-Pablos de Molina que:

Pena não é, desse modo, qualquer “mal” que se aplica a uma pessoa, senão só aquele que tem sua origem e fundamento em uma conduta delituosa. A “pena”, de outro lado, é retribuição, mas retribuição *in malam partem*: é aplicação de um “mal” como resposta a outro “mal” (prévio). (2007, p. 658).

Assim, a pena é um mal destinado à conduta (outro mal) praticada por um agente, ainda que este não a experimente, não a sofra na mesma medida de quem foi lesado, dentro de uma proporcionalidade entre gravidade do fato cometido e gravidade do castigo estabelecido. Uma forma de intimidação do sujeito.

Deve-se observar, conforme os autores, que esse mal não se coaduna com a vingança, que também é uma espécie de mal, sendo que esta não tem forma social e cultural reconhecida e praticada dentro de uma medida.

Mir Puig faz uma ressalva:

Convém antes de mais nada, para evitar graves e freqüentes equívocos, distinguir a *função* do *conceito* de pena [...] Segundo seu ‘conceito’ a pena é um ‘mal’ que se impõe ‘por causa da prática de um delito’: conceitualmente, a pena é um ‘castigo’. Porém, admitir isto não implica, como consequência inevitável, que a função – isto é, fim essencial – da pena seja a retribuição. (apud BITENCOURT, 2003, p. 66).

À pena, podem ser atribuídos significados distintos, contendo fins de retribuição, assim como de prevenção, pois, em tese, é um mal que deve ser atribuído ao indivíduo que comete o delito para que exima a sua culpa, ou seja, um castigo a pessoa que cometeu ilícito, visando prevenir e reparar o mal causado a alguém.

A seguir, trabalhar-se algumas teorias que explicam melhor os diversos significados da pena.

1.1 Teorias Penais

Existem diversas teorias e concepções acerca das justificativas para a existência da pena, as quais explicam o sentido, função e finalidade. Grande parte dos doutrinadores, assim como Luiz Flávio Gomes e Antonio García-Pablos de Molina, normalmente classifica essas teorias em três, as quais são chamadas de *teorias absolutas, relativas e de união*:

As teorias penais costumam-se ser distinguidas em teorias absolutas (a pena não é um meio de prevenção do delito, senão um fim em si mesma; apenas é um castigo), relativas (a pena existe para evitar futuros delitos) e de união (ou unitárias ou ecléticas ou mistas – a pena tem finalidade dupla: serve para reprimir e também para prevenir delitos). (2007, p. 663).

Inicialmente, nas sociedades primitivas, os primeiros sistemas penais tiveram origem com os fenômenos naturais que eram recepcionados como manifestações divinas – *totem* – diante de comportamentos, práticas ou símbolos, os quais eram consideradas regras, proibições sagradas, que eram temidas (*tabu*), uma vez que a própria sociedade (tribo, clã) castigava os infratores para reparar a divindade. Por isso, os primeiros sistemas penais humanos podem ser remontados ao *totem e tabu*.

Freud, no estudo das sociedades primitivas, acerca do *totem* e do *tabu*, concluiu que:

[...] para as tribos estudadas, muito do horror desencadeado pelas práticas de um indivíduo contra as leis do *tabu* e do *totem* provinham, simplesmente, do embate inconsciente nos próprios indivíduos, entre a barreira da proibição consciente quanto a aquelas condutas, e a inafastável vontade interior de praticá-las. (DIVAN, 2010, p. 138).

Cada indivíduo tinha o desejo de violar as leis (tabus), mas o medo, o temor que existia, impedia de realizar a sua vontade. Assim, as tribos eram regradas pelo *tabu*, uma forma de lei, que não poderia ser violada. Aquele que o violasse, era tido como mau exemplo perante o seu clã, passando a ser modelo de repressão para possíveis desvirtuamentos das regras de seu grupo.

A punição desse sujeito que infringia a lei daquela sociedade se tornava visível aos demais membros do clã, onde não apenas se via uma violação ao *tabu*, como também intimidava o restante do grupo a não realizar aquele desregramento, que era o desejo interior de cada um. “A punição do sujeito transgressor era, ao mesmo tempo, segurança e alerta à esfera psíquica dos demais, no sentido de reforço da proibição e contenção dos impulsos violadores”. (DIVAN, 2010, p.139).

Posteriormente, houve uma tendência acerca da gestão da punição em certos ambientes culturais, passando-se a adotar o método da vingança privada, onde se punia desde o indivíduo isoladamente, como também todos os membros do grupo, causando verdadeiras guerras, batalhas entre si e entre indivíduos estranhos às tribos.

Após essas guerras entre grupos, as quais levavam à morte centenas de indivíduos, e para evitar a exterminação das tribos, surgiu a lei de talião “determinando a reação proporcional ao mal praticado”. (BITENCOURT, 2003, p. 22).

O tratamento igualitário entre transgressor e vítima permitiu essa espécie castigo-espelho, que é conhecida pela expressão “*olho por olho, dente por dente*”. Por isso, o criminoso é punido de maneira proporcional ao dano causado à vítima. Mas com o número elevado de infratores, a lei de talião acabou não vingando, dando lugar à composição, sistema pelo qual o indivíduo compra sua liberdade para se livrar do castigo, da pena:

[...] com a melhor organização social, o Estado afastou a *vindita privada*, assumindo o poder-dever de manter a ordem e a segurança social, surgindo a *vingança pública*, que, nos seus primórdios, manteve absoluta identidade entre poder divino e poder político. (BITENCOURT, 2003, p. 22) (grifo do autor).

A sociedade passou a ser regida incisivamente pela religião, uma vez que diante da simbiose entre Direito e religião, confundia-se a figura do Rei e do Sacerdote. Havia uma identidade entre a religião, a sociedade, a moral, o direito e o Estado. Assim, a noção de pena passou a se transformar, lentamente, como guerra particular a ser gerida e administrada pelo Estado soberano, assumindo o monopólio da gestão dos conflitos, passando-se a considerar atingido quando uma infração era praticada.

A religião, o Estado e a política confundiam-se entre si. O direito divino estava extremamente ligado com o poder soberano do rei, o qual se concentrava o Estado, o poder legal e a justiça. “Até para fins utilitários era obrigatório encontrar-se um fundamento religioso se se pretendesse ter aceitação”. (FIGGIS apud BITENCOURT, 2003, p. 67).

Com a transição do Estado absolutista para o Estado burguês, que se deu através do surgimento do mercantilismo, a ideia de pena não se fundava mais na religião, pois no Estado burguês, predominava a teoria do contrato social, surgindo a divisão de poderes.

Assim, o estado burguês adotou, em partes, e desenvolveu uma justificativa retributiva para a pena, onde a mesma passou a ser concebida como “a retribuição à perturbação da ordem (jurídica) adotada pelos homens e consagrada pelas leis. A pena é a necessidade de restaurar a ordem jurídica interrompida. À expiação sucede a retribuição, a razão Divina é substituída pela razão de Estado [...]”. (BITENCOURT, 2003, p. 68).

Passando de um estado divino a um estado de justiça, a *teoria absoluta ou retributiva* define a pena com o fim de fazer justiça, estabelecer a ordem social, sendo que o autor do fato delituoso deve ser castigado com a imposição de um mal, ou seja, pura compensação, fazendo um mal, impõe um mal ao agente culpável.

As *teorias absolutas ou retributivas* são definidas por Gomes e García-Pablos de Molina como mera retribuição:

A pena só se justifica por razões de justiça ou de necessidade moral; é concebida como retribuição divina, moral ou jurídica; não interessa se a pena, ademais, cumpre outros fins, que seriam alheios à sua essência. A pena é retribuição, um mal que se comina e se aplica ao culpável para compensar o mal que este causou previamente (como delito): é pura “compensação” (retribuição), sem que a valoração do fato culpável possa ter considerações utilitárias ou de diversa índole, alheias à idéia de justiça. (2007, p. 663-664).

Destacam-se dois dos maiores e mais influentes pensadores do idealismo alemão, defensores das *teorias absolutas*, os filósofos Immanuel Kant e Georg W. F. Hegel. Segundo Kant, a fundamentação da pena é de ordem ética, moral. Já Hegel, fundamenta-se pela ordem jurídica.

Diante das concepções de Kant acerca da pena, para ele “quem não cumpre as disposições legais não é digno do direito de cidadania. [...] é obrigação do soberano castigar ‘impiedosamente’ aquele que transgrediu a lei [...]”. (BITENCOURT, 2003, p. 69). Por isso, a pena seria uma retribuição moral, pois o indivíduo que comete delitos, viola a justiça e a ordem pública e conseqüentemente deve ser castigado.

Não há para Kant a ideia de prevenção da pena – o que é prevenção e como funciona essa ideia, são conceitos que logo mais serão explicados - bem como a punição como forma de exemplo aos demais indivíduos para inibi-los de práticas delitivas, pois o homem não é mero objeto, instrumento a serviço do poder punitivo. A aplicação da pena não visa procurar um outro bem, nem mesmo em benefício do culpado ou da sociedade:

[...] o homem, na tese kantiana, não é uma coisa suscetível de instrumentalização. O homem não é, pois, “algo que possa ser usado como simples meio: deve ser considerado, em todas as ações, como fim em si mesmo”. (BITENCOURT, 2003, p. 71).

Apenas pune-se pelo fato de haver delinqüido, por ter havido uma infringência à lei. O réu deve ser castigado pela simples prática do delito, sem nenhuma consideração acerca dos fins da pena imposta diante dele e da sociedade. A aplicação da pena é a realização da justiça.

Kant também se manifestava acerca da quantidade e qualidade da pena, mas com uma diferença apenas quanto à aplicação, no sentido de que a pena deveria ser estabelecida por um tribunal e não por um particular:

Em síntese, Kant considera que o réu deve ser castigado pela única razão de haver delinqüido, sem nenhuma consideração sobre a utilidade da pena para ele ou para os demais integrantes da sociedade. Com esse argumento, Kant nega toda e qualquer

função preventiva – especial ou geral – da pena. A aplicação da pena decorre da simples infringência da lei penal, isto é, da simples prática do delito. (BITENCOURT, 2003, p. 72).

Quanto à Hegel, ligado à ordem jurídica da pena, pode-se resumir a sua tese na seguinte frase: “a pena é a negação da negação do Direito”. A pena para Hegel não serve para fazer justiça, mas sim, seria a reafirmação do direito.

Quanto à justificação da pena, Hegel afirma que “a pena encontra sua justificação na necessidade de restabelecer a vigência da “vontade geral”, simbolizada na ordem jurídica e que foi negada pela vontade do delinqüente”. (BITENCOURT, 2003, p. 72).

Assim, se a vontade geral (da sociedade) que é representada pela lei, é negada pela vontade particular do delinqüente (através do delito), deve-se negar aquela negação (do delinqüente) através da pena, para que predomine a afirmação da vontade geral.

Nas palavras de Mir Puig, acerca da teoria de Hegel, explica que “se a ‘vontade geral’ é negada pela vontade do delinqüente, ter-se-á de negar esta negação através do castigo penal para que surja de novo a afirmação da vontade geral”. (BITENCOURT, 2003. P. 72).

O crime é a negação do direito, ou seja, o delito confronta o ordenamento jurídico. Portanto a pena é a negação do crime, ou seja, a negação da negação, concluindo-se assim, que a pena é a reafirmação do direito lesado:

Aceitando que a pena venha a restabelecer a ordem jurídica violada pelo delinqüente, igualmente se deve aceitar que a pena não é apenas um “mal” que se deve aplicar só porque antes houve outro mal porque seria – como afirma o próprio Hegel – “irracional querer um prejuízo simplesmente porque já existia um prejuízo anterior”. A imposição da pena implica, pois, o restabelecimento da ordem jurídica quebrada [...]. (BITENCOURT, 2003, p. 73).

Para Hegel não importava as funções da pena, pois esta é um direito imposto. O que prevalece é o ordenamento jurídico, o direito em si, que é a vontade manifesta da sociedade. Hegel também demonstrava a equivalência da ação realizada pelo transgressor com a sua punição.

Já as *teorias relativas ou preventivas* da pena não visam uma simples compensação ou retribuição ao fato delitivo, mas sim, a pena existe para evitar futuros delitos, com ideia de prevenção, para que o agente não volte a delinquir.

Cesare Beccaria, em 1764, quando apresentou sua obra *Dos Delitos e das Penas*, já apontava um conteúdo preventivo da pena:

É preferível prevenir os delitos a ter de puni-los; e todo legislador sábio deve antes procurar impedir o mal que repará-lo, pois uma boa legislação não é mais do que a arte de proporcionar aos homens a maior soma de bem-estar possível e livrá-los de todos os pesares que se lhes possam causar, conforme o cálculo dos bens e dos males desta existência. Contudo, os processos até hoje utilizados são geralmente insuficientes ou contrários à finalidade que se propõem [...]. (2007, p. 101).

Enquanto nas duas teorias a pena é considerada um mal necessário e sendo que nas *teorias retributivas* a pena é considerada diante de sua necessidade, nas *teorias preventivas* a pena se fundamenta pela sua utilidade, como instrumento necessário para prevenir a criminalidade, tendo como fim o controle da delinquência.

As *teorias preventivas* da pena dividem-se em duas direções, segundo Feuerbach, as quais são a *prevenção geral e prevenção especial*. A prevenção geral se baseia na teoria da coação psicológica, de Feuerbach, onde a solução do problema da criminalidade se resolve por meio da ameaça de pena, perante os membros da sociedade, e sua aplicação em concreto, diante da ameaça realizada.

A pena é uma ameaça da lei, diante dos cidadãos, para absterem-se de cometer crimes, com a qual se pretende evitar o fenômeno delitivo, nada mais é do que “uma ‘coação psicológica’”. (BITENCOURT, 2003, p. 76).

Assim, a *teoria da prevenção geral*, visa coibir a sociedade de cometer ilícitos através da intimidação ou utilização do medo, sendo a pena o fator de coerção psicológica, contra os impulsos que motivam o agente a realizar a conduta delitiva.

As ideias prevencionistas desenvolveram-se no período do Iluminismo, na passagem do Estado absoluto ao Estado liberal, tendo como consequência a fundamentação da pena no princípio do livre arbítrio ou medo.

Existe dupla finalidade da prevenção geral, sendo uma positiva ou de integração, “que lhe atribuem a função positiva de reforçar a fidelidade dos cidadãos à ordem constituída”, e a negativa ou de intimidação, “que lhe conferem a função de dissuadir os cidadãos por meio do exemplo ou da ameaça que a mesma constitui”. (FERRAJOLI, 2006, p. 245).

Deste modo, quanto à prevenção geral negativa ou de intimidação, a pena é concebida como forma de intimidação do grupo social, através da ameaça e conseqüente sofrimento de sua imposição (condenação) ao transgressor, com o fim de não cometer ilícitos penais.

De outro lado, a pena pode ser entendida, como forma de integração social através da confiança e fidelidade que o Estado transmite à comunidade, com validade e força de suas normas ao “reestabelecer a confiança coletiva abalada pelas transgressões”. (FERRAJOLI, 2006, p. 256). Assim, estabiliza o ordenamento jurídico, através da prevenção geral positiva ou de integração.

Por isso, nesse período, utilizou-se o poder pelo corpo, alma e psicológico do indivíduo, onde o mesmo refletia acerca dos benefícios e prejuízos de cometer delitos e sofrer a aplicação da pena.

No que diz respeito à *teoria da prevenção especial*, também visa evitar a prática de delitos, mas se direciona exclusivamente ao sujeito que comete o ilícito, para que não volte a delinquir. Não busca a intimidação da coletividade, mas de uma determinada pessoa, ou seja, o delinquente.

A prevenção especial se direciona ao delinquente concreto, em que já houve a aplicação da pena, com o fim de evitar que o mesmo cometa novos crimes, buscando prevenir, de certa forma, a reincidência. Ao contrário da prevenção geral, não busca a intimidação do grupo social nem a retribuição do fato praticado, visa apenas o sujeito delinquente, para que não volte a transgredir o ordenamento jurídico.

Também, existem duas finalidades da prevenção especial, sendo uma positiva (ressocializadora), no sentido de reeducação e correção do sujeito, assim como a negativa (inocuidadora), de sua eliminação ou neutralização, diante das personalidades não corrigíveis e nem intimidáveis dos condenados.

Segundo Ferrajoli, há tendências na doutrina da prevenção especial, as quais a duplicidade do fim (positiva e negativa) é comum a todas:

Por mais diversas e até mesmo antitéticos que possam ser as matrizes ideológicas, todas estas orientações dizem respeito não tanto ao crime, mas ao réu, não aos fatos, mas aos seus autores, diferenciados segundo as suas características pessoais antes mesmo que pelas suas ações delitivas. [...] o uso do direito penal não apenas para prevenir delitos, mas também para transformar as personalidades desviantes por meio de projetos autoritários de homologação ou, alternativamente, de neutralização das mesmas mediante técnicas de amputação e de melhoria social. (2006, p. 247).

Von Liszt justifica a pena com critérios preventivos especiais, onde a aplicação da pena visa a ressocialização e reeducação do transgressor, bem como a intimidação dos sujeitos já corrigidos e, neutralização dos incorrigíveis. Na medida em que o castigo e a intimidação não têm efeito, o que se busca é a correção, ressocialização ou a segregação.

Conforme lecionam Gomes e García-Pablos de Molina, acerca da prevenção geral e especial:

A primeira (prevenção geral) se alcançaria por meio de um efeito, contramotivador, psicológico, sobre a comunidade, sobre o criminoso potencial ou latente: seja mediante a cominação penal frente ao delinqüente concreto. O criminoso deve ser intimidado, o cidadão honrado há de ser fortalecido em seus bons propósitos, o cidadão duvidoso tem que se decidir pelo bem diante da ameaça e do medo da pena. A prevenção especial incide sobre o autor concreto, isto é, frente a quem já falhou a eficácia preventiva (geral) da pena, a fim de evitar futuros delitos, e poderia atuar – sempre no momento da “execução” da pena – seja como mera “intimidação, seja como “correção, seja como inocuição (enclausuramento). Fator decisivo é, sempre, a adaptabilidade à prevenção (do autor concreto) em cada caso. (2007, p. 669-670).

O ponto de partida das *teorias mistas ou de união (unificadoras)* está no que de melhor decorre das *teorias retributivas e preventivas*, diferenciando o fundamento do fim da pena. Acerca do fundamento da pena, a *teoria mista* sustenta que deve limitar-se quanto ao delito, o fato praticado pelo delinqüente e não aquilo a que ele pode vir a realizar.

Quanto aos fins, estes seriam ligados ao de realização da justiça e, principalmente ao de proteção da sociedade, sendo por meio da ameaça de pena dirigida ao grupo social, assim como para evitar a reincidência do delinqüente. A partir da função de proteção da sociedade, foi que as correntes doutrinárias dividiram-se.

De um lado, a posição conservadora, representada pelo Projeto Oficial do Código Penal Alemão de 1962, caracterizada pelos que acreditam que “a proteção da sociedade deve

basear-se ‘na retribuição justa’ e na determinação da pena, concedem aos fins de prevenção um mero papel complementar dentro do marco da retribuição”. (MIR PUIG, 2007, p. 71).

Por outro lado, o setor progressista da ciência alemã, com base no Projeto Alternativo Alemão de 1966, segue o inverso da posição anteriormente definida. O fundamento da pena é a defesa da sociedade, e a retribuição tem apenas função de limite máximo das exigências de prevenção, impedindo que as mesmas apliquem uma pena superior à merecida pelo fato cometido.

Assim, diante da posição conservadora, a pena cumpre dupla função, ou seja, proteção da sociedade e realização da justiça, função retributivo-preventiva, enquanto a corrente progressista acredita que a pena tem somente função de proteção dos bens jurídicos, sendo essencialmente preventiva.

Por isso, as *teorias mistas*, combinam a retribuição, na medida da sua culpabilidade e na necessidade de evitar futuros delitos, bem como a ressocialização do agente, sendo indispensável que a pena seja justa e proporcional a gravidade do delito praticado, para manutenção da ordem social.

Nesse sentido, Bitencourt afirma que as *teorias mistas* “aceitam a retribuição e o princípio da culpabilidade como critérios limitadores da intervenção da pena como sanção jurídico-penal. A pena não pode, pois, ir além da responsabilidade decorrente do fato praticado”. (2003, p. 83).

Com objeções e críticas acerca das *teorias de união*, surgiram orientações atuais, num sentido de análise global da pena, colocando em evidência as funções desempenhadas por ela em diversos momentos.

Podem-se tripartir essas novas construções da doutrina jurídico-penal, sendo em relação à norma, na cominação legal, aplicação judicial (sentença) e execução (*teoria dialética de Roxin*), ou a função que ela empenha enquanto instituição e o sentido da pena para os diversos sujeitos que a intervêm (*teoria diferenciado de Schmidhäuser*), ou ainda, analisando a pena como forma de controle social (*teoria de Stratenwerth*).

Luiz Flávio Gomes e Antonio García-Pablos de Molina seguem a corrente das *teorias mistas* quando afirmam que “(quase) sempre nossos doutrinadores mantiveram-se filiados às teorias ecléticas (ou mistas ou de união ou unitárias), que unificam as idéias de retribuição (ao mal do crime o mal da pena) e prevenção, tanto geral (ameaça a todos para que não venham a delinquir) como especial (evitar que o criminoso volte a delinquir)”. (2007, p. 702).

Nessa mesma senda, Bitencourt demonstra o binômio prevenção/retribuição aduzindo que “ainda que se reconheçam fins preventivos – gerais ou especiais – para a doutrina tradicional a pena é concebida como um mal que deve ser imposto ao autor de um delito para que expie sua culpa”. (2003, p. 65-66).

Dessa forma, tendo em vista a doutrina dominante, pode-se dizer que a função da pena no ordenamento jurídico-penal brasileiro é filiada nas *teorias unitárias*, ou seja, *punitur, quia peccatum est, ne peccetur* (pune-se porque pecou e pune-se também para não pecar).

Vale lembrar, que este posicionamento influenciou na elaboração do Código Penal vigente, onde assumiu o duplo sentido para a pena, retribuição e prevenção, conforme artigo 59:

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

[...]. (BRASIL, Decreto-Lei n. 2.848, 1940).

1.2 Evolução Histórica da Pena de Prisão

A pena de prisão é a forma de punição por excelência, desde a Modernidade, sendo enfocada, inclusive, por ser questão atinente ao objeto de trabalho de pesquisa desenvolvido. Cabe lembrar que, antes disso, a pena privativa de liberdade era desconhecida, não tendo caráter de prisão e servindo apenas para controlar o indivíduo, repousando suas finalidades em outras razões.

De acordo com a história e evolução da pena de prisão, esta é considerada uma “exigência amarga, mas imprescindível”, onde é concebida como um “mal necessário”. (BITENCOURT, 2003, p. 407).

Para isso, se faz necessária uma exposição de como surgiu a pena de prisão ao longo dos anos, permitindo avaliar suas escolas criminológicas, modelos penitenciários e todas as formas de punições, desde as mais cruéis, nos períodos da história da humanidade.

Os povos antigos desconheciam a privação de liberdade como sanção penal em si, conforme assevera Bitencourt:

Embora seja inegável que o encarceramento de delinquentes existiu desde tempos imemoráveis, não tinha caráter de pena e repousava em outras razões. Até fins do século XVIII a prisão serviu somente à contenção e guarda de réus para preservá-los fisicamente até o momento de serem julgados. Recorria-se, durante esse longo período histórico, fundamentalmente, à pena de morte, às penas corporais (mutilações e açoites) e às infamantes. (2003, p. 408).

Assim, a prisão visava apenas garantir o controle do indivíduo, sua limitação até o momento da aplicação das penas, até a execução das condenações, seja de morte, corporais ou infamantes. Os prisioneiros apenas aguardavam o dia em que seriam supliciados, penalizados, pois se usava da tortura para chegar à verdade.

O sacrifício, castigo imposto ao delinquente, se expressava através das mais atrozes penalidades, como a morte, mutilação, tortura, trabalhos forçados, entre outros, onde a prisão se caracterizava apenas como “antecipação da extinção física do indivíduo”. (BITENCOURT, 2003, p. 408).

A prisão como custódia foi a única forma efetivamente empregada na antiguidade. A Grécia e a Roma, definitivamente desconheciam a pena como privação de liberdade, sendo que ao mesmo tempo, havia as prisões como meio de deter os devedores até o pagamento de suas dívidas, ou seja, penalidade civil, onde os devedores ficavam a mercê do credor se não honrassem com suas dívidas:

Os lugares onde se mantinham os acusados até a celebração do julgamento eram diversos, já que nessa época não existia ainda uma arquitetura penitenciária própria. Os piores lugares eram empregados como prisões: utilizavam horrendos calabouços, aposentos freqüentemente em ruínas ou insalubres de castelos, torres, conventos abandonados, palácios e outros edifícios. A prisão mamertina era um poço d’água, um coletor de águas, que se transformou em cárcere. Na Sicília houve depósitos de água desse tipo, dentre os quais um deles é chamado, ainda hoje, de a “fossa dos condenados” [...]. (BITENCOURT, 2003, p. 410).

Como se nota, os piores lugares para custódia dos delinquentes eram degradantes, sem infraestrutura alguma, não muito diferente das instituições atuais. A pior espécie de lugar era destinada aos infratores, até a hora de sua execução.

Na Idade Média, a lei penal tinha como verdadeiro objetivo provocar o medo coletivo. Na Europa medieval, a tendência da pena privativa de liberdade era de uma prisão apenas como custódia cautelar antes da aplicação da verdadeira punição.

Foi no período medieval que surgiu uma verdadeira codificação de demologia chamada *Malleus Maleficarum* (Martelo das Feiticeiras), onde era defendido o extermínio dos hereges e bruxas, que atentavam contra a fé católica:

O texto redigido pelos dominicanos Kramer e Sprenger, publicado em 1484, quando de sua instauração como manual punitivo pela Bula Papal de Inocêncio VIII, instrumentalizou o primeiro modelo integrado de repressão na história do Ocidente a partir da conexão de categorias criminológicas, criminalísticas, penais e processuais penais. (CARVALHO, 2008, p. 64).

Nesse período prevaleciam as penas físicas, sendo das mais variadas formas e, dependiam dos costumes, a natureza dos crimes, e da posição social do condenado, entre outros. Destacam-se as penas de galés, açoite, forca, membros arrebatados, roda, fogueira, ou seja, um verdadeiro arsenal de horror.

Não eram apenas nas penas corporais, nas grandes execuções, que se aplicavam essas espécies de atrocidades. Nas penas mais leves, não corporais, também havia uma pena acessória, com uma medida de suplício. O suplício é “pena corporal, dolorosa, mais ou menos atroz [dizia Jaucourt]; e acrescentava: ‘é um fenômeno inexplicável a extensão da imaginação dos homens para a barbárie e a crueldade’”. (FOUCAULT, 2007, p. 31).

A técnica do suplício produzia sofrimento intenso, o qual era precisamente calculado e regulado conforme o crime cometido, o tipo de ferimento, a qualidade, quantidade, o tempo de sofrimento, a pessoa do criminoso, assim como a pessoa da vítima, sendo apreciados pelos demais cidadãos, numa espécie de ritual.

O Suplício de Damiens, que foi condenado em 02 de março de 1757, relata exatamente o ritual realizado naquela época:

[...] a pedir perdão publicamente diante da porta principal da Igreja de Paris [aonde devia ser] levado e acompanhado numa carroça, nu, de camisola, carregando uma tocha de cera acesa de duas libras; [em seguida], na dita carroça, na praça de Grève, e sobre um patíbulo que aí será erguido, atenazado nos mamilos, braços, coxas e barrigas das pernas, sua mão direita segurando a faca com que cometeu o dito parricídio, queimada com fogo de enxofre, e às partes em que será atenazado se aplicarão chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente, e a seguir seu corpo será puxado e desmembrado por quatro cavalos e seus membros e corpo consumidos ao fogo, reduzidos a cinzas, e suas cinzas lançadas ao vento [...]. Uma vez retiradas essas quatro partes, desceram os confessores para lhe falar; mas o carrasco informou-lhes que ele estava morto, embora, na verdade, eu visse que o homem se agitava, mexendo o maxilar inferior como se falasse. Um dos carrascos chegou mesmo a dizer pouco depois que, assim que eles levantaram o tronco para o lançar na fogueira, ele ainda estava vivo. Os quatro membros, uma vez soltos das cordas dos cavalos, foram lançados numa fogueira preparada no local sito em linha reta do patíbulo, depois o tronco e o resto foram cobertos de achas e gravetos de lenha, e se pôs fogo à palha ajuntada a essa lenha. [...] Em cumprimento da sentença, tudo foi reduzido a cinzas [...]. (FOUCAULT, 2007, p. 9-10).

Além disso, o suplício não era uma ostentação apenas até a morte do condenado, mas também se dilatava após sua morte, onde o cadáver era queimado, lançada suas cinzas ao vento ou, os corpos ficavam expostos para admiração do público.

Nota-se assim, o poder de punição além do corpo do supliciado, onde “a morte-suplício é a arte de reter a vida no sofrimento”. (FOUCAULT, 2007, p. 31).

As concepções sociais acerca do homem e da sociedade, gradualmente sofreram mudanças, onde os abusos cometidos através da pena corporal, de forma cruel, tornaram-se ultrapassados. Com o passar dos anos o suplício logo se tornou inadmissível, devido aos excessos, sendo que os cidadãos puderam perceber a grande desproporção entre o castigo estabelecido, a justiça realizada e o rancor da população que era lesada.

Foi o Estado e o poder constituído que passou a exercer seu domínio sobre os membros da sociedade de forma diferente e mais útil, disciplinando e amedrontando os indivíduos ao invés de matando e ferindo.

Se antes a privação tinha como único objetivo apenas custodiar os condenados até o momento de sua exposição aos suplícios ou a qualquer outro fim a que fosse submetido, após,

a punição física deu espaço para a privação da liberdade, desaparecendo o corpo como principal alvo da repressão penal. É preciso punir em vez de se vingar:

O poder sobre o corpo, por outro lado, tampouco deixou de existir totalmente até meados do século XIX. Sem dúvida a pena não mais se centralizava no suplício como técnica de sofrimento; tomou como objetivo a perda de um bem ou de um direito [...]. Se não é mais ao corpo que se dirige a punição, em suas formas mais duras, sobre o que, então, se exercer? [...] pois não é mais o corpo, é a alma. A expiação que tripudia sobre o corpo deve suceder um castigo que atenua, profundamente, sobre o coração, o intelecto, a vontade, as disposições. Mably formulou o princípio decisivo: “que o castigo, se assim posso exprimir, fira mais a alma do que o corpo”. (FOUCAULT, 2007, p. 18).

Por mais que a pena física tenha sido deixada pra trás, o corpo ainda serviu de instrumento intermediário acerca das punições. Tendo em vista a pena privativa de liberdade, perda de bens ou de direitos, o corpo ainda figurava no cumprimento da pena, uma vez que era privado e forçado a sofrer a interdição ou obrigação determinada.

Bitencourt menciona que “não importava a pessoa do réu, sua sorte, a forma em que ficaram encarcerados. Loucos, delinquentes de toda ordem, mulheres, velhos e crianças esperam, espremidos entre si em horrendos encarceramentos subterrâneos, ou calabouços de palácios e fortalezas, o suplício e a morte”. (2003, p. 410-411).

A diferença nessa época, é que surgem a prisão de Estado e a prisão Eclesiástica. A prisão de Estado apanhava adversários do poder, que tivessem cometido delitos de traição ou adversários políticos do governo. Já a prisão Eclesiástica atribuía-se aos sacerdotes que se rebelavam, fazendo com que meditassem e, por meio de penitência e oração se arrependessem do mal cometido. Nesse sentido, a prisão canônica era mais humana do que o regime da época, baseado em suplícios e mutilações, sendo uma exceção, pois esse tipo de reclusão só era aplicado a casos especiais a alguns membros do clero:

Nos primeiros tempos, o Direito Penal canônico teve caráter disciplinar, passando, ao depois, com o enfraquecimento do poder estatal, a abarcar religiosos e leigos. Nesse contexto evolutivo, a jurisdição eclesiástica aparecia dividida em *ratione personae* e *ratione materiae*. Pela primeira – em razão da pessoa –, o religioso era julgado sempre por um tribunal da Igreja, qualquer que fosse o delito cometido. Na segunda – em razão da matéria –, firmava-se a competência eclesiástica, ainda que o crime fosse praticado por um leigo. (PRADO, 2007, p. 54).

Com isso, o Direito Canônico contribuiu incisivamente para com o surgimento da prisão moderna e a humanização das penas, ainda mais com o vocábulo “penitência”, de estreita vinculação com o Direito Canônico, inspirou a construção de penitenciárias, utilizadas atualmente.

Já na Idade Moderna, durante os séculos XVI e XVII houve grandes modificações, em especial na Europa. Com o desenvolvimento das cidades, o aumento da criminalidade e a impossibilidade de combater todos os delitos, as autoridades foram obrigadas a limitar os casos em que utilizavam a pena de morte.

“As guerras religiosas tinham arrancado à França uma boa parte de suas riquezas. No ano de 1556 os pobres formavam quase a quarta parte da população. Estas vítimas da escassez subsistiam das esmolas, do roubo e assassinatos”. (GROOTE apud BITENCOURT, 2003, p. 413).

Devido a tanta criminalidade, foram testadas todas as formas de reações penais, principalmente as punições quanto ao corpo do indivíduo, mas todas falharam. Era evidente que a pena de morte não era mais uma solução eficaz. Não seria possível aplicar a pena capital a tanta gente, visto que o aumento da criminalidade era exacerbado.

Diante dessa conjuntura social, “iniciou-se um movimento de enormes proporções com o escopo de desenvolver as penas privativas de liberdade, sobretudo com a construção de prisões originalmente destinadas a esse fim e que acolhiam, de início, toda sorte de pessoas (mendigos, vagabundos, prostitutas)”. (PRADO, 2007, p. 448).

A partir das mudanças socioeconômicas em 1552, surgiu em Londres o primeiro estabelecimento utilizado como prisão, chamado de *house of correction* ou *bridwell*, ou seja, Casa de Correção criada no castelo de *Bridwell*, visando a reforma dos delinquentes por meio do trabalho, da disciplina e da correção.

Diante do êxito daquela instituição, a qual tinha objetivos relacionados à prevenção geral, ampliaram-se por toda a Inglaterra as Casas de Correção, nos moldes do *bridwell*, onde se “pretendia desestimular a outros da vadiagem e da ociosidade”. (BITENCOURT, 2003, p. 414).

Nesse mesmo sentido, na Inglaterra, em 1697, surgiram as chamadas *workhouses*, nos mesmos moldes das casas de correção, onde se estabeleceu a relação entre a prisão e a

utilização da mão de obra do apenado. Outros exemplos foram as casas de correção para homens as *Rasphuis* e, as casas de correção para mulheres, a *Spinhis*, em Amsterdã.

Ainda que destinadas a pequenos delitos, continuavam a existir as penas capitais e corporais, bem como o exílio, açoites e pelourinho, para os delitos de maior relevância. Bitencourt menciona ainda a pena de galés, surgida nesse mesmo período:

Ela foi uma das mais cruéis dentre as aplicadas nesses tempos. A galé foi uma prisão flutuante. Grande número de condenados a penas graves e prisioneiros de guerra eram destinados como escravos ao serviço das galés militares, onde eram acorrentados a um banco e ficavam, sob ameaça de um chicote, obrigados a remar. (2003, p. 417).

Já em meados do século XVII, vale lembrar do Hospício de San Felipe Neri fundado em Florença no ano de 1667, pelo sacerdote Filippo Franci, onde a instituição dedicava-se a crianças e jovens rebeldes e desorientados. Apresentava sinais do regime celular estrito. “A pessoa do interno era desconhecida para seus companheiros de reclusão graças a um capuz com que se cobriam a cabeça nos atos coletivos”. (BITENCOURT, 2003, p. 416).

Também foi criada a Casa de Correção de São Miguel em Roma, por Clemente XI, em 1703, visando educar e reabilitar o delinquente através da pena privativa de liberdade, com aspectos de regime misto: trabalho durante o dia e isolamento em cela à noite. O ensino religioso prevalecia naquela instituição, assim como o isolamento e o trabalho para fins de correção do indivíduo.

No entanto, diante da evolução dos estabelecimentos prisionais espalhados por toda Europa, a partir do século XVIII, começa uma verdadeira reestruturação acerca das prisões, baseado em um movimento que acarretou em concepções políticas, sociais, filosóficas e jurídicas de valorização da razão e do homem, em contraposição às trevas medievais, o qual foi definido como *Iluminismo*. A humanização do sistema prisional é apenas uma das temáticas de alguns dos Iluministas que escreviam e pensavam sobre isso.

Foi nesse período que ocorreu o marco inicial para a reforma do sistema punitivo, que era embasado em excessiva crueldade, com penas corporais e pena de morte, formando um sistema repressivo rigoroso. Os iluministas defendiam o fim dos excessos na legislação

criminal, assim como a pena “menos cruel para o corpo do delinqüente”. (BITENCOURT, 2003, p. 32).

O iluminismo se intensificou com a Revolução Francesa, pois havia uma série de pessoas lutando pelos mesmos fins, ou seja, um conjunto de reformas sociopolíticas, jurídicas, culturais, que se caracterizou por ampliar o domínio da razão a todas as áreas do conhecimento humano.

Neste período surgiram os primeiros defensores da liberdade do indivíduo, principalmente no campo da política criminal, dando enfoque aos princípios da dignidade de homem, os quais se destacaram Cesare Beccaria, John Howard e Jeremias Bentham:

Com o Iluminismo e a grande repercussão das idéias dos reformadores (Beccaria, Howard e Bentham) a crise da sanção penal começou a ganhar destaque. A pena chamada a intimidar não intimidava. A delinqüência era uma consequência natural do aprisionamento. A tradicional função de corrigir o criminoso retribuindo sua falta não se cumpria, ao contrário, provocava a reincidência. Enfim, a prisão fracassava em todos os seus objetivos declarados. (BITENCOURT, 2003, p. 418).

Diante do fracasso da prisão, a pena de morte não cumpria mais seu principal objetivo, de exemplo de realização da justiça, assim como a domesticação do corpo já não ameaçava o grupo social. Surgiu assim, a pena privativa de liberdade e seus sistemas penitenciários, como nova opção de controle social.

Além de antecedentes religiosos, cabe ressaltar a importante participação dos estabelecimentos espalhados por toda a Inglaterra, os *Bridwells*, dos quais se originaram os sistemas penitenciários, baseados na segregação e no silêncio, com o objetivo de regenerar o indivíduo, marcando o nascimento da pena privativa de liberdade e a superação da prisão como simples meio de custódia.

Foi no século XIX, com a pena privativa de liberdade, que os modelos prisionais que até hoje vigem e discutem-se, tomaram as mais variadas formas. São três sistemas penais, ou seja, Sistema Pensilvânico ou Celular, Sistema Auburniano e o Sistema Progressivo, cada um com características únicas, conforme se estuda a seguir.

No tocante ao sistema pensilvânico ou celular, este “foi implantado na Filadélfia no século XVIII, e consistia num absoluto isolamento do interno, porque considerava ser isso

moralmente benéfico, sendo complementado pela educação e assistência oferecidas pelo ‘visitador’ do preso”. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 682).

Assim, foi construída a primeira prisão norte-americana denominada *Walnut Street Jail*, em 1776, onde após a associação de cidadãos da Filadélfia, fez com que as autoridades começassem a organizar uma nova instituição, onde tinha como principal característica o isolamento em uma cela, a oração, o silêncio e a abstinência total de bebidas alcoólicas. Assim, através de uma lei, foi determinada a construção de um edifício celular no jardim da prisão de *Walnut Street*, com o fim de aplicar o isolamento total aos prisioneiros.

A propósito, esse sistema celular não foi aplicado totalmente, onde apenas foi imposto o isolamento em celas individuais aos prisioneiros mais perigosos, sendo que os demais foram mantidos em celas comuns e, era permitido o trabalho em grupo durante o dia.

Em poucos anos, a prisão de *Walnut Street* sofreu graves estragos e transformou-se num grande fracasso. A principal causa foi o imensurável crescimento da população carcerária que estava recolhida em *Walnut Street*.

Bitencourt afirma que:

[...] ao enfrentarem esses fracassos e retrocessos, a Sociedade de Pensilvânia e a Sociedade de Filadélfia, para o alívio das misérias das prisões públicas, ambas inspiradas nos quacres, solicitaram uma nova oportunidade a um sistema fundado na separação. As pressões foram aceitas e construídas duas novas prisões, nas quais os prisioneiros foram encarcerados separadamente: a penitenciária ocidental – *Western Penitentiary* – em Pittsburgh, em 1818, seguindo o desenho panótico de J. Bentham, e a penitenciária Oriental – *Eastern Penitentiary* -, que foi concluída em 1829, seguindo o desenho de John Haviland. (2003, p. 93).

Na prisão ocidental foi utilizado o regime de isolamento total, não se permitindo nem o trabalho nas celas. Já na prisão oriental, quando de sua inauguração em 1829, foi decidido abrandar o isolamento individual, permitindo o trabalho na própria cela, visto que o regime ocidental era rígido demais.

Acerca do regime celular implantando no sistema pensilvânico, este demonstrou que não se tratava de um sistema penitenciário propriamente dito, pois criado como um “eficiente instrumento de dominação servindo, por sua vez, como modelo para outro tipo de relações sociais”. (BITENCOURT, 2003, p. 94).

Partindo para a análise do sistema auburniano, o qual surgiu com a ideia de superar os defeitos do regime celular, foi autorizada em 1816, a construção da prisão de Auburn, uma vez que a prisão de *Newgate*, construída em 1797, era minúscula e impossível de desenvolver o regime de isolamento.

Assim, a prisão de Auburn tinha como propósito absorver o número crescente de delinquentes, destinando-se uma parte do edifício ao regime de isolamento. Os prisioneiros de Auburn foram divididos em três categorias: uma composta pelos mais velhos e persistentes delinquentes, destinando-se ao isolamento contínuo; outra era composta por delinquentes menos incorrigíveis, sendo destinados ao isolamento apenas três dias da semana e tinham permissão para trabalhar; e a terceira categoria era integrada pelos transgressores com maiores esperanças de correção, havendo apenas o isolamento noturno e sendo permitindo o trabalho juntamente com os demais durante o dia ou destinados à cela individual um dia na semana.

As celas eram muito pequenas e sem iluminação, não sendo possível trabalhar nelas, restando essa experiência, de estrito confinamento, em um grande fracasso, pois uns enlouqueceram, outros morreram ou alguns conseguiram o perdão:

Tanto o sistema filadélfico (dominante na Europa) quanto o auburniano (difundido nos Estados Unidos) não alcançaram êxito nos métodos empregados, o que acarretou o completo extermínio de suas concepções originais em algumas décadas. E isso porque ambos “importavam em um tratamento de massa, que não atendia em nada às peculiaridades de cada criminoso, e sacrificava os interesses da disciplina o objetivo superior da sua recuperação social”. (PRADO, 2007, p. 452).

O sistema de Auburn adotou, além do trabalho em comum, a regra do silêncio absoluto. Os prisioneiros podiam apenas dirigir a palavra aos guardas, com licença prévia e em voz baixa. Esse silêncio foi um instrumento de poder, onde permitia que poucos privilegiados (carcereiros) controlassem a multidão de detentos.

Foucault não aceitou o sistema auburniano como meio de reforma ou correção do transgressor, mas ao contrário, criticou esse sistema no sentido de que apenas constituiu “meio eficaz para imposição e manutenção do poder”. (apud BITENCOURT, 2003, p. 95).

O fracasso desse sistema era previsível, pois além do silêncio, apoiava-se no trabalho prisional, o qual foi rejeitado pelas associações sindicais na época, uma vez que eram contra o

desenvolvimento de um trabalho penitenciário, onde representava menos custos e competição aos demais trabalhadores.

Mais um aspecto negativo foi o rigoroso regime disciplinar aplicado aos apenados, com base na disciplina e mentalidade da vida militar, que organiza e rege a vida da coletividade presente no estabelecimento. A aplicação de castigos cruéis e excessivos se refletia no modelo auburniano, que tinha como objeto o constante “desejo de impor um controle estrito, uma obediência irreflexiva”. (BITENCOURT, 2003, p. 96).

Com o abandono dos regimes celular e auburniano, houve a adoção dos sistemas progressivos, no decorrer do século XIX, onde definitivamente imperou a pena privativa de liberdade, que foi adotada pela legislação brasileira e predomina o sistema penal atual:

A essência deste regime consiste em distribuir o tempo de duração da condenação em períodos, ampliando-se em cada um os privilégios que o recluso pode desfrutar de acordo com sua boa conduta e o aproveitamento demonstrado do tratamento reformador. Outro aspecto importante é o fato de possibilitar ao recluso reincorporar-se à sociedade antes do término da condenação [...]. (BITENCOURT, 2003, p. 98).

Ao contrário dos demais regimes, o sistema progressivo inovou quando considerou relevante a vontade do recluso, além de diminuir a severidade na aplicação da pena privativa de liberdade. Desse modo, podem-se citar três dos mais significativos desdobramentos do sistema progressivo, sendo o sistema progressivo inglês ou *mark system*, sistema progressivo irlandês e sistema de Montesinos.

O sistema progressivo inglês (*mark system*) foi desenvolvido pelo capitão Alexander Maconochie, em 1840, na Ilha de Norfolk, Austrália. Para essa ilha australiana a Inglaterra enviava os criminosos reincidentes, ou seja, que após o cumprimento de pena, voltavam a delinquir.

Esse sistema ficou conhecido como *mark system* (sistema de vales), pois consistia em o condenado poder “obter vales ou marcas conforme sua conduta e rendimento de seu trabalho. Poderia o sentenciado ir, pouco a pouco, melhorando sua condição e, assim, reduzir a duração da pena inicialmente imposta”. (PRADO, 2007, p. 452).

O sistema implantado por Maconochie, dividiu-se em três períodos:

1º) *Isolamento celular diurno e noturno* – chamado período de provas, que tinha a finalidade de fazer o apenado refletir sobre seu delito. O condenado podia ser submetido a trabalho duro e obrigatório, com regime de alimentação escassa. 2º) *Trabalho em comum sob a regra do silêncio* – durante esse período o apenado era recolhido em um estabelecimento denominado *public workhouse*, sob o regime de trabalho em comum, com regra do silêncio absoluto, durante o dia, mantendo-se a segregação noturna [...]. 3º) *Liberdade condicional* – neste período o condenado obtinha uma liberdade limitada, uma vez que a recebia com restrições, às quais devia obedecer, e tinha vigência por um período determinado. Passo esse período sem nada que determinasse sua revogação, o condenado obtinha sua liberdade de forma definitiva. (BITENCOURT, 2003, p. 99-100) (grifo do autor).

Apesar de obter grande sucesso, o sistema progressivo inglês foi posteriormente substituído pelo irlandês, pois havia a necessidade de uma melhor preparação do recluso para volta à sociedade.

Walter Crofton, diretor das prisões na Irlanda, aperfeiçoou o sistema progressivo inglês de Maconochie, sendo que em 1854 introduziu as denominadas prisões intermediárias, única diferença incorporada no sistema progressivo irlandês, que era a fase intermediária entre o período de trabalho do condenado e o de liberdade condicional.

Deste modo, o regime irlandês ficou integrado por quatro fases, penas com a diferença de inclusão do período intermediário, que ocorria entre a prisão comum em local fechado e a liberdade condicional. “Esse período era executado em prisões especiais, onde o preso trabalhava ao ar livre, no exterior do estabelecimento, em trabalho preferencialmente agrícolas”. (BITENCOURT, 2003, p. 101).

Esse período criado por Walter Crofton, ficou conhecido pela disciplina suave, onde o apenado cumpria suas tarefas em prisões sem muro, não sofria castigos corporais, podia comunicar-se com as demais pessoas e recebia remuneração pelo seu trabalho, podendo dispor de uma parte.

Apesar de sua efetividade ter sido constantemente questionada, o sistema progressivo irlandês sofreu inúmeras modificações importantes, recebendo maior flexibilidade ao longo dos anos.

Ainda, em 1835, o Coronel Manuel Montesinos e Molina foi nomeado governador do Presídio de Valência, na Espanha. A partir daí surge um novo regime, o sistema Montesinos,

visto as qualidades pessoais, força de vontade e capacidade do Coronel, para influir no pensamento dos apenados.

Manuel Montesinos e Molina partiu dessa vontade pessoal para reestruturar o sistema progressivo, onde “sua penetrante vontade e grandes dotes de liderança lograram disciplinar os reclusos, não pela dureza do castigo, mas pelo exercício de sua autoridade moral”. (BITENCOURT, 2003, p. 102).

Por este sistema foram suprimidos, definitivamente, os castigos corporais. Essa ação penitenciária de Montesinos gerou um sistema com base no respeito à pessoa do apenado, na dignidade humana, prevendo um fim ressocializador da pena. Aspecto interessante foi a importância com que Montesinos conduziu as relações com os reclusos, fundadas em confiança e estímulo, reorientando e permitindo a reabilitação do segregado.

Tendo em vista a diversidade de sistemas e o passar dos anos, pode-se assegurar que o sistema progressivo é ilusório e atualmente encontra-se em falência, sendo substituído por um tratamento de “individualização científica”.

Algumas das causas da crise do sistema devem-se ao crescimento transbordante da população carcerária e dos conhecimentos criminológicos os quais propiciaram a diversidade de especialistas que integraram o regime clássico, além do regime de controle rigoroso do encarcerado e aniquilação inicial da pessoa.

Essa crise do regime progressivo levou a transformação do sistema carcerário, que se realizou através de dois fatores: a individualização penitenciária (científica) e o desejo que o regime penitenciário permitiria uma vida mais racional e humana:

Durante muitos anos imperou um ambiente otimista, predominando a firme convicção de que a prisão poderia ser um meio idôneo para realizar todas as finalidades da pena e que, dentro de certas condições, seria possível *reabilitar* o delinqüente. Esse otimismo inicial desapareceu e atualmente predomina certa atitude pessimista, que já não se têm muitas esperanças sobre os resultados que se possa conseguir com a prisão tradicional. (BITENCOURT, 2003, p. 419).

O que se pode afirmar é que houve uma crescente sensibilidade social por parte de alguns órgãos dedicados às relações de direitos humanos e à dignidade da pessoa, sendo que essa conscientização não tem ignorado os problemas enfrentados pelo cárcere e o respeito que essa instituição merece, pois antes de tratar-se de criminosos, são seres humanos.

Atualmente domina a convicção de que “o encarceramento, a não ser para os denominados presos residuais, é uma injustiça flagrante, principalmente porque entre eles não se incluem os agentes da criminalidade não convencional (os criminosos de colarinho branco)”. (BITENCOURT, 2003, p. 420).

1.3 Pena Privativa de Liberdade no Brasil

Se anteriormente a pena de prisão era utilizada apenas como meio de custódia provisória do acusado, para assegurar a execução da pena de morte, mutilação, exílio, penas corporais entre outros suplícios, a partir do século XVII ocorreram diversas transformações, em especial com o Direito Canônico e a crise econômica que se estendeu pela Europa, passando-se a seguir novas tendências.

A partir dessas significantes transformações é que surgiram os primeiros antecedentes da pena privativa de liberdade. As casas de correção criadas naquela época, até hoje persistem, não nos mesmos moldes, mas com adaptações criadas ao longo do tempo.

No tocante ao Direito Penal Brasileiro, a pena privativa de liberdade primeiramente regeu-se pela legislação portuguesa e após, por uma legislação puramente brasileira, dividindo-se em três escopos, o Período Colonial, Código Criminal do Império e Período Republicano. Bitencourt esclarece que “antes do domínio Português, na primitiva civilização brasileira adotava-se a vingança privada, sem qualquer uniformidade nas reações penais”. (2003, p. 40).

Com o descobrimento do Brasil, o ordenamento incorporou o Direito Lusitano, passando a utilizar as ordenações que vigoravam em Portugal.

No Período Colonial, compreendido entre 1500 a 1822, vigorou inicialmente as Ordenações Afonsinas, primeiro conjunto normativo-penal, herdado de Portugal, sob o reinado de D. Afonso V, publicada em 1446 e expirada sua vigência no Brasil em 1521.

As Ordenações Afonsinas foram divididas em cinco livros e apresentavam conteúdo do Direito Canônico e do Direito Romano de Justiniano. Era integrado de legislação civil, bem como penal e processual penal. No que diz respeito às penas, as Ordenações Afonsinas assim se compunham:

As penas eram impostas como forma de intimidação pelo terror. A finalidade preventiva da pena não era observada e, tampouco, a sua proporção com a gravidade do delito. As penas previstas eram severas e cruéis. **Aos nobres sempre eram impostas penas menos graves do que aos plebeus [...]**. A prisão raramente surgia como típica reação de natureza repressiva, com previsão de duração por tempo certo. Em algumas situações, a quantidade de pena de prisão ficava a critério do rei (que, desse modo, e sobretudo em razão do seu poder de perdão, conseguia ter a nação sob seu domínio). (BIANCHINI; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2007, p. 154) (grifo nosso).

Pode-se observar que, naquela época já era previsível a distinção entre a nobreza e a plebe, através de disposição legal expressa. Não é muito diferente da atual situação encontrada no país, mas ao contrário, a distinção é uma questão cultural, econômica e política. Penas menos gravosas aos nobres, o que pode ser equiparado aos crimes de colarinho branco, cifra oculta que geralmente, esse tipo de sociedade, fica impune ou se beneficia.

Contudo, as Ordenações Afonsinas não chegaram a ter aplicabilidade no Brasil, pois o país ainda não havia sido colonizado, sendo que somente em 1532 foi fundada a cidade de São Vicente por Martim Afonso de Souza, ocasião em que as Ordenações Afonsinas já haviam sido substituídas pelas Ordenações Manuelinas.

Partindo para as Ordenações Manuelinas (1521-1603), também divididas em cinco livros, sob a regência de D. Manuel I, vigoraram até 1603, formalmente, sendo que em 1569 também passou a ter validade paralelamente, as Ordenações Sebastiãoicas, que advieram da Compilação de Duarte Nunes de Leão, leis extravagantes que complementaram as Ordenações Manuelinas:

As leis extravagantes não alteraram, substancialmente, o sistema penal anterior. A prisão continuava a ser prevista como um meio para obrigar o pagamento de dívidas (natureza coercitiva) e também como expressão retributiva, com fixação em tempo certo. No tocante à execução da pena, as leis extravagantes continham muitas regras sobre o cumprimento da pena privativa de liberdade. (BIANCHINI; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2007, p. 155).

Por fim, surgiram as Ordenações Filipinas, editadas por D. Felipe II em Portugal que vigoraram de 1603 a 1830, quanto à parte criminal. Em relação à legislação civil, estas foram revogadas somente em 1916 com a vinda do Código Civil.

Destacavam-se nas Ordenações Filipinas, a luta contra a vingança privada tentando substituí-las pela justiça pública. Ainda, o crime muitas vezes era confundido com pecado e com as ofensas morais onde se castigava severamente os hereges, os feiticeiros, as bruxas e benzedores:

As penas eram desproporcionais e cruéis. Dentre as espécies de sanções graves, porque revestidas de conteúdo infamante, estavam as chamadas *penas vis*, destacando-se as de açoite, corte de membro (pena corporal), galés ou trabalhos públicos, o baraço e pregão, dentre outras. Também eram previstas as penas de multa e de degredo [...]. A pena de morte era cominada para a maior parte dos delitos e podia ser executada mediante quatro formas, numa variação entre a mais grave e a mais leve: morte cruel, morte atroz, morte simples e morte civil. (BIANCHINI; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2007, p. 156).

Desta forma, é clara a finalidade da pena nas Ordenações Filipinas: castigar cruelmente o criminoso e intimidar as pessoas com as penas brutais aplicadas. Além do mais, muitas vezes as penas ficavam sob o arbítrio do julgador, pois muitas vezes havia contradições acerca da aplicação do castigo-pena, sendo assim, definido e aplicado conforme entendimento do nobre julgador, que tinha o livre arbítrio para a aplicação da execução penal. Nota-se que o princípio da legalidade não é observado nas Ordenações.

Assim, nasceu um Direito Penal aberrante que se exteriorizou no Brasil, por meio das Ordenações até o período de 1930, tendo como características essenciais a desumanidade, a crueldade, desigualdade, arbitrariedade e violação do princípio da legalidade. As sanções penais foram largamente utilizadas por quem tinha autoridade, não só para aplicação da pena, mas também como meio de excluir inimigos e tomar conta do poder.

Com a chegada do Período Imperial, houve o projeto do Primeiro Código Criminal em 1830, determinado pela Rainha D. Maria I, a fim de reformar a legislação vigente.

Em 1824, dois anos após a Independência do Brasil, D. Pedro I outorgou a primeira Constituição brasileira, com princípios que vieram a orientar as leis penais e processuais penais. A Constituição Imperial de 1824 instituiu em seu art. 179, § 18, a urgência na organização de um código civil e criminal, “fundado nas sólidas bases da justiça e equidade”. (BIANCHINI; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2007, p. 159).

Tendo em vista o dispositivo na Constituição de 1824, os juristas Bernardo Pereira de Vasconcellos e José Clemente Pereira apresentaram projetos de elaboração de um código na

área penal. O projeto de Bernardo Pereira de Vasconcellos se apresentou de forma mais completa incluindo não só a parte de direito penal como também a de processo penal, sendo assim, o mais completo.

Em 16 de dezembro de 1830, foi sancionado por D. Pedro I o Código Criminal do Império Brasileiro, inspirado não só nos princípios consagrados na Constituição de 1824, como também na mais atualizada legislação dos Códigos Criminais do século XIX, como o da Áustria, França, Espanha, entre outros. Fundou-se também nas ideias de Beccaria, Bentham e Mello Freitas.

O Código Criminal do Império foi o primeiro Código Penal autônomo na América Latina, contendo 313 artigos e dividindo-se em quatro partes: Dos Crimes e Das Penas; Dos Crimes Públicos; Dos Crimes Particulares e Dos Crimes Policiais. Havia onze espécies de penas, a morte, galés, prisão com trabalho, prisão simples, banimento, degredo, desterro, multa, suspensão e perda do emprego e açoite. Regulava também a imprescritibilidade das penas e o perdão, concedido pelo imperador e pelo ofendido.

Adotou o critério bipartido de crime e contravenção, apresentando progressos acerca da pena, os quais se pode mencionar, a sua individualização, previsão da existência de atenuantes e agravantes e julgamento especial para os menores de quatorze anos. O que de mais significativo apresentado no Código Criminal foi o sistema do dias-multa implantado nas penas patrimoniais. Posteriormente, foi promulgado o Código de processo criminal, em 1832:

O Código Criminal teve como característica básica no quadro das sanções a redução das hipóteses da pena de morte bem como a eliminação da crueldade de sua execução, sem contar a supressão das penas infamantes, exceto a de açoites, aplicada aos escravos [...]. Reduziu as hipóteses de aplicação da pena de morte a somente três infrações (insurreição de escravos, homicídio agravado e latrocínio), mas desde 1855 não foi (mais) aplicada a sanção capital [...] A privação da liberdade passaria a ser uma autêntica e própria sanção penal para substituir as penas corporais. (BIANCHINI; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2007, p. 162).

Com a abolição da escravatura em 1888, a qual gerou alterações no Código de 1830 e com chegada do Período Republicano, em meados de 1890, foi aprovado e publicado um projeto de Código Penal, apresentando vários defeitos de técnica.

Joaquim Nabuco, líder do abolicionismo, apresentou em 1888 um projeto no parlamento imperial, onde seria republicada uma nova edição do Código Criminal, pois havia exclusões a serem feitas, relativas à escravidão que fora abolida. Assim, foi aprovada uma reforma geral da legislação penal, sendo nomeado Baptista Pereira para elaborar o projeto de reforma.

Com a proclamação da república em 15 de novembro de 1889, recomendou-se com urgência a elaboração do novo Código, atribuída a Baptista Pereira, onde foi apresentado o projeto, sofrendo poucas alterações e convertido em lei. Em 11 de outubro de 1890, foi expedido o Decreto n. 847 que observava o novo Código Penal do Brasil.

O novo Código Penal de 1890 trazia inúmeras inovações, sendo a principal delas a abolição da pena de morte, a prisão celular, a reclusão, prisão com trabalho e prisão disciplinar. Outro avanço foi a instituição do sistema penitenciário de caráter correcional. Foi prevista também, em seu artigo 44, que “não há penas infamantes” e que a privação da liberdade individual não poderá exceder de trinta anos.

Alice Bianchini, Antonio García-Pablos de Molina e Luiz Flávio Gomes apontam algumas características fundamentais do Código Penal de 1890, dentre as quais:

[...] inspirou-se nos princípios da escola clássica, estabelecendo estrita proporcionalidade entre delito e a pena. Na determinação da pena, adotou um critério de absoluta rigidez, com o fim de excluir qualquer arbítrio judicial. A responsabilidade tem o seu pressuposto no agente culpável e este só existe, como tal, sendo moralmente imputável [...]. Estabeleceu que a inimputabilidade absoluta só vai até os nove anos de idade. Entre nove e quatorze anos a inimputabilidade é relativa [...]. Os maiores de quatorze anos até dezessete são punidos apenas como cúmplices. Até vinte e um anos gozam de circunstâncias atenuante. (2007, p. 166).

Em suma, as características fundamentais do Código Criminal se sintetizam em responsabilidade penal decorrente da imputabilidade moral, proporcionalidade da pena, tratamento diversificado entre autores e cúmplices e a extinção da pena de morte.

Após o grande número de leis complementares que surgiram depois do Código de 1890, se tornou necessária a sua revisão para posterior revogação e criação de um novo instituto de direito penal. Houve inúmeros projetos de elaboração de um código completo, sendo o primeiro deles o Projeto de Vieira de Araújo, em 1893, o qual foi aprovado, mas não tomou seguimento no Senado.

Já em 1913, Galdino Siqueira apresentou seu projeto de Código Penal, mas este não prosperou, devido à atenção para os problemas políticos do país naquela época. Virgílio de Sá Pereira, em 1927, foi encarregado de elaborar o Projeto de Código Penal, também falho, sendo submetido a alterações diversas, não obtendo sucesso. Devido à revolução de 1930, o Congresso Legislativo foi dissolvido. O governo provisório na época organizou uma subcomissão, tomando por base o projeto de Sá Pereira, para criação do novo Código Penal. Este trabalho converteu-se no projeto 118-A de 1935.

Neste mesmo tempo, surgiram ainda a Consolidação das Leis Penais de Vicente Piragibe, em 1932, onde reuniu os diversos aditamentos realizados ao Código de 1890 e, a Constituição de 1934, de significativa importância para elaboração futura do Código então vigente:

A Constituição de 1934 viria dar nova configuração ao nosso Estado de Direito. Incontáveis textos garantistas aplicáveis ao processo penal (instituição do juiz natural; proibição de detenção ou prisão arbitrárias, de foro privilegiado e tribunais de exceção; a concessão generosa da fiança; a garantia da plenitude da defesa e os mecanismos de proteção de direitos como o *habeas corpus* e o direito de petição – cf. art. 113, §§ 1º a 38) lhe davam um certo sentido liberal [...]. (BIANCHINI; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2007, p. 170).

Com o golpe de Estado em 1937, foi declarado o Estado Novo e outorgada a Constituição de 1937, onde o Parlamento é dissolvido e o Congresso Nacional fechado, passando os poderes Legislativo e Executivo ao presidente Getúlio Vargas. Assim, o projeto 118-A não foi mais aproveitado.

Apenas em 1937, Alcântara Machado apresentou um projeto de Código Criminal Brasileiro, acabando sendo sancionado por decreto de 1940, como Código Penal, passando vigorar desde 1942 até os dias atuais.

Com o advento do Código Penal de 1940, vigente até hoje, que teve origem no anteprojeto de Alcântara Machado, tem como principais características as suas categorias de penas, sendo principais e acessórias, com reclusão, detenção e multa. Após, houve algumas reformas, acerca da parte geral do diploma, no sentido de humanização das sanções penais, adotando várias penas alternativas à prisão, mas deixando de lado o sistema penitenciário e sua estrutura inviável.

O Código Penal Brasileiro, em seu artigo 32, estabelece as espécies de pena, sendo a privativa de liberdade, restritiva de direitos e multa. A partir das espécies de pena privativa de liberdade, as quais são reclusão e detenção, surgem vários elementos, como o regime inicial de cumprimento da pena. Nele são incluídos os regimes fechado, semiaberto e aberto. Tendo em vista o sistema progressivo adotado pelo nosso Código Penal, também prevê a progressão gradual da liberdade do apenado como também a regressão do regime estabelecido.

No Código de Processo Penal, também está prevista a execução das espécies de pena e algumas formalidades essenciais para decretar a prisão do indivíduo. O art. 312 do CPP define que prisão é exceção e não regra, delimitando os casos em que cabe a prisão, para não ter sua liberdade cerceada sem fundamento.

Nesse sentido, prisão enquanto exceção e liberdade enquanto regra, a Constituição Federal Brasileira, dispõe em seu art. 5º, inciso LXI que:

Art. 5º [...].

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

[...]. (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988).

A Constituição Federal traz em seu artigo 5º, os direitos e garantias fundamentais da pessoa. Consolida o princípio da legalidade, no inciso XXXIX, mencionando que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988).

Em seu inciso XLVI, elenca os tipos de penas adotados no ordenamento jurídico, como a privação ou restrição da liberdade, perda de bens, multa, prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direitos.

Prevista a pena privativa de liberdade na Constituição Federal vigente, ainda assegura que não haverá penas de morte, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e penas cruéis. Mas, diante de todos os problemas sociais enfrentados, a pena privativa de liberdade muitas vezes se torna uma dessas penas previstas no rol taxativo do inciso XLVII,

no art. 5º. Além disso, assegura que ninguém será submetido à tortura nem tratamento desumano ou degradante, em seu art. 5ª, inciso III, da CF/88.

Com relação à Lei de Execução Penal, lei n. 7.210 de 1984, esta prevê a execução das penas em espécie, regimes de cumprimento da pena, bem como a assistência ao preso, seus direitos, deveres e disciplina. Foi através da edição dessa lei, no ano de 1984, que surgiu algum conteúdo atribuído ao apenado, prevendo a integração social e o retorno em convivência com a sociedade.

1.4 Teoria Agnóstica e Função da Pena

As teorias penais tradicionais procuraram delimitar o debate acerca da punibilidade, não apenas excluindo o enfoque sociológico da pena no ordenamento jurídico, mas como também se preocuparam apenas a direcionar as ciências criminais a partir do fundamento dos castigos, sobrevivendo as mais variadas teorias de direito penal.

Com o advento da lei de execução penal em 1984, fixada nos moldes do movimento da nova defesa social, esta se constituiu a partir das ideias de ressocialização do apenado.

Já com a vinda da Constituição Federal em 1988, os fundamentos punitivos da pena de prisão ficaram omissos, atendo-se exclusivamente quanto à forma sancionatória e seus limites, ou seja, abdicando da resposta “por que punir?”, direcionando para a resposta de “como punir?”.

O ordenamento constitucional brasileiro permaneceu com a ausência de qualquer discurso legitimador da pena, não havendo previsão alguma de fundamentação, assim como critérios limitativos à interpretação, aplicação e execução penal.

Diante disso, a consequência no cenário constitucional, foi a projeção de uma política punitiva de redução de danos:

O delineamento das penas na Constituição em momento algum flerta com ‘fins, funções ou justificativas’, indicando apenas ‘meios’ para minimizar o sofrimento imposto pelo Estado ao condenado. Nos incisos XLV, XLVI, XLVII, XLVIII, e XLIX do art. 5º está traçada a forma constitucionalizada de humanidade e respeito à

integridade física e moral. Mas o dispositivo mais exemplar da configuração constitucional da política penalógica de redução dos danos é encontrado na alínea 'e' do inciso XLVII. Ao determinar vedações a algumas espécies de pena (morte, prisão perpétua, trabalhos forçados e banimento – alíneas 'a', 'b', 'c', e 'd', respectivamente), a Constituição estabelece, na referida alínea ('e'), o princípio da proibição do excesso punitivo, ao negar, em qualquer hipótese, a aplicação e execução de penas cruéis. (CARVALHO, 2007, p. 19).

Por isso, percebe-se uma falta de afirmação do ordenamento jurídico quanto à atribuição de alguma finalidade à pena de prisão. As justificativas para a sanção penal, até o momento, por mais humanas e ressocializadoras, nunca chegaram ao seu objetivo previamente estabelecido.

Na verdade, o que se observou até agora, foi a violência realizada pelas agências de punitividade, sempre mascarados pelo falso humanismo sustentado por elas. Nunca houve perfeita harmonização entre poder punitivo e a prática real dos fins almejados para a pena.

Nietzsche afirma que “o ‘sentido’ do castigo é fluído, podendo ser utilizado e interpretado para os mais diversos propósitos: cristaliza-se em uma espécie de unidade que dificilmente se pode dissociar, que é dificilmente analisável e, deve ser enfatizado, inteiramente indefinível – hoje é impossível dizer ao certo porque se castiga [...]”. (apud CARVALHO, 2007, p. 20).

Nesse sentido, pode-se dizer que a única certeza é a violência institucional realizada unilateralmente, no sujeito penalizado, devendo ser de relevância o meio do que o fim projetado à pena. Rejeitar às funções e focar a preocupação nas formas de punição, a partir do expendido pela Constituição, pode ser uma das poucas formas de frear o poder penalizador excessivo.

Assim, diante da forma definida pela Constituição Federal de 1988, a qual apenas preocupou-se em fixar limites ao meio empregado para punir, “aparenta reconhecer a tendência natural do poder punitivo em extravasar os limites da legalidade, preocupando-se essencialmente, em reduzir ao máximo as hipóteses de transbordamento punitivo”. (CARVALHO, 2007, p. 21).

Desse modo, pode-se destacar dois questionamentos acerca da sanção penal, ou seja, se é possível o operador do direito tomar decisões sem um modelo penalógico referencial e, quanto ao magistério, lecionar sem as teorias penais, uma vez que não há estruturas doutrinárias que justifiquem a imposição da sanção penal.

As teorias penais ao tentarem justificar a pena, demonstraram-se inúteis, pois a tentativa de demonstrar alguma legitimação, esta se atribuiu ao poder do juiz e não ao poder de punir.

Ana Messuti menciona acerca das justificativas penais que:

[...] praticamente todas as teorias que foram elaboradas em torno da pena buscam justificá-la demonstrando que esta consiste apenas num meio que leva a um fim – qualificado como um bem [...]. O delito não só constitui uma lesão a um dos membros da comunidade de pessoas, mas à lei dessa comunidade de pessoas. Altera o equilíbrio em dois planos: o individual e o social. A reparação pertencente ao primeiro e a retribuição ao segundo. (2003, p. 19-21).

Sem resultados quanto à justificação da pena, Zaffaroni menciona que é “absolutamente dispensável qualquer teoria da pena, visualizando a possibilidade de (re) construir o direito penal com a precípua finalidade de redução da violência do exercício do poder”. (apud CARVALHO, 2007, p. 22).

A única justificativa para a pena de prisão seria a redução de sofrimento e de danos causados pela aplicação e execução da pena, tendo em vista as circunstâncias de como ela é exercida atualmente. Abandonar a ideia de uma teoria de justificação do direito de punir e concentrar estratégias em uma forma de contração dos poderes emanados das agências de punitividade:

O projeto de minimização do sofrimento imposto pela pena, agregado à negação das violências pública e privada ilegítimas, possibilita a negativa explícita de qualquer modelo justificacionista, relocando o problema da sanção penal da esfera jurídica à política. Neste quadro, a estratégia de redução de danos capacita o direito no seu papel de limite à política, atuando como barreira de contenção da ação punitiva, judicial ou administrativa. (CARVALHO, 2007, p. 23).

Desta forma, o problema da pena é retirado do plano jurídico e redirecionado à esfera política, sendo que as teorias existentes acerca da pena a consideram como uma consequência do direito, o que não mais predomina.

Cada vez mais o fundamento da pena se afasta do ordenamento jurídico, sendo recolocado no âmbito político. Encontrar um fundamento jurídico da pena seria a mesma

hipótese de procurar o “fundamento jurídico da guerra”. (BARRETO apud CARVALHO, 2007, p. 23).

Com essa nova orientação acerca da legitimação da pena, tendo em vista a identificação da política punitiva e as estratégias de guerra, a aplicabilidade da pena de prisão está se aprimorando, ampliando seus efeitos:

Entendida como realidade política, a pena não encontra sustentação no direito, pelo contrário, simboliza a própria negação do jurídico. Pena e guerra se sustentam, portanto, pela distribuição de violência e imposição incontrolada de dor. Não obstante, seu caráter incontrolável, desmesurado, desproporcional e desregulado reivindica, no âmbito das sociedades democráticas, limite. (CARVALHO, 2007, p. 25).

Assim, além da realidade política, as formas de minimização da violência e do poder punitivo são realizadas através do direito penal e processo penal, uma vez que se capacitam como instrumentos para alcançar o objetivo da redução de danos, limitando a violência.

Sob a óptica da teoria agnóstica, são abandonadas quaisquer teorias de justificação da pena, sendo o primeiro passo para uma política de redução dos danos penais. A minimização dos poderes arbitrários e a redução dos danos decorrentes da punitividade, alcança todas as fases de individualização penal (cominação, aplicação e execução), observando os princípios constitucionais da proporcionalidade, razoabilidade e proibição do excesso punitivo.

Salo de Carvalho afirma que o projeto de redução dos danos permite ao operador garantista “atuar ciente da institucionalização deteriorante do cárcere, voltando a sua ação a neutralizar ao máximo o efeito da prisionalização e a vulnerabilidade do indivíduo submetido ao sistema executivo [...]”. (2007, p. 26).

A pena de prisão se caracterizou pela privação do delinquente com o mundo externo, encontrando-se fora do espaço social, surgindo para humanizar o direito e substituir a barbárie dos castigos corporais. Se antigamente, as prisões serviam para alojar os criminosos a espera de julgamento ou para serem torturados, a partir do século XVIII, passou a ser de isolar e tentar recuperar o infrator.

Houve um direcionamento novo da arte de sofrer, nas palavras de Foucault, “conhecem-se todos os inconvenientes da prisão, e sabe-se que ela é perigosa quando não inútil [...]”. (2007, p. 196).

No século XXI, a pena está em outra dimensão. Se antigamente visava um castigo como meio de punição, planejando a recuperação e ressocialização do indivíduo, hoje, aquela função está desviada, não atendendo a nada do que um dia foi almejado. Apenas anula o indivíduo que nela se submete.

A pena como retribuição atribuída ao autor do delito é controversa, pois sendo retribuição negativa ao transgressor, a sociedade está a infligir um mal ao indivíduo na medida em que aplica essa reação ao delito, ou seja, a retribuição, a punição.

Essa contradição é bem observada por Durkheim, diante da suavização das penas:

[...] Há, diz ele, uma verdadeira e irremediável contradição no ato de vingar a dignidade humana ofendida na pessoa da vítima, violando-a na pessoa do culpado [...]. Uma possível solução seria considerar que a pena não significa “violiar a dignidade humana” do delinqüente, mas, ao contrário, respeitá-la, considerando-o um ser racional que recebe o que merece segundo seus atos. Assim se justificaria a pena em função da simetria necessária para a vida social. (apud MESSUTI, 2003, p. 22-23).

Não há mais nada de castigo, ressocialização ou reparação do indivíduo perante a criminalidade. O que há, é uma coisificação da pessoa, deixando de ser sujeito e passando a ser objeto, aniquilado na esfera social.

Portanto, a única maneira de impedir o excesso de violência do poder punitivo e ação criminalizadora do indivíduo quando inserido ao cárcere é a política de minimização dos poderes arbitrários e a redução dos danos da punitividade, como meio de justificativa para uma pena que corresponda os direitos e garantias asseguradas pela Magna Carta.

É absolutamente dispensável qualquer teoria da pena, onde apenas visualiza-se a possibilidade de reconstruir o direito penal com a finalidade de redução da violência utilizada pelo poder. Abandonar os modelos ressocializadores é o primeiro passo para a adoção da perspectiva agnóstica de redução dos danos penais.

2 DA EVOLUÇÃO DAS ESCOLAS CRIMINOLÓGICAS: O CRIME COMO FENÔMENO SOCIAL

O crime é um fato tão antigo como o homem, eis que sempre lhe fascinou. Cada civilização passou por uma experiência cultural construindo uma imagem ou representação em relação ao crime e ao criminoso. Por isso, a criminologia não é nenhuma descoberta recente, não podendo ser atribuída a ela datas concretas para afirmar seu nascimento, uma vez que seu objeto é constituído por um fenômeno humano e social que não é possível precisar um marco inicial.

A criminologia é uma disciplina científica que surge com o positivismo criminológico, mas antes dessa etapa, existiu o período pré-científico, marcado pela escola clássica. Houve uma longa evolução das ideias e teorias sobre o crime e o delinquente, deslocando-se dos centros de interesses e do próprio método empregado, desde a Biologia à Psicologia e Psiquiatria, e destas à Sociologia, que desencadeou inúmeras teorias que explicam as transformações que o homem vem sofrendo.

As teorias mais modernas e críticas lapidaram o estudo do crime na sociedade e agregaram elementos ao objeto criminal que será estudado. As escolas criminológicas demonstraram a evolução do pensamento acerca do crime, moldado as diretrizes que hoje vigoram a da pena de prisão e a situação do apenado.

Com as teorias da criminalidade, da reação social e as teorias conflituais, houve uma passagem da antiga criminologia tradicional positiva à criminologia crítica. Nesse sentido, a criminologia contemporânea prioriza seus estudos deslocando-se para questões objetivas, estruturais e funcionais, que originam o fenômeno do desvio, além do que, mecanismos sociais e institucionais, através do qual é construída a realidade social e realizado os processos de criminalização.

Alessandro Baratta explica que:

[...] na perspectiva da criminologia crítica a criminalidade não é mais uma qualidade ontológica de determinados comportamentos e de determinados indivíduos, mas se revela, principalmente, como um status atribuído a determinados indivíduos, mediante uma dupla seleção: em primeiro lugar, a seleção dos bens protegidos penalmente, e dos comportamentos ofensivos destes bens, descritos nos tipos penais;

em segundo lugar, a seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos os indivíduos que realizam infrações a normas penalmente sancionadas. A criminalidade é um “bem negativo”, distribuído desigualmente conforme a hierarquia dos interesses fixada no sistema sócio-econômico e conforme a desigualdade social entre os indivíduos. A criminalidade é [...] um “bem negativo”, distribuído desigualmente conforme a hierarquia dos interesses fixada no sistema sócio-econômico e conforme a desigualdade social entre os indivíduos. (2002, p. 161).

As diversas escolas criminológicas passaram por várias transformações até a chegada de uma criminologia crítica. Antes disso, há vários desdobramentos quanto ao estudo da criminologia.

Em primeiro lugar, criminologia é o nome genérico dado a um conjunto de fatores ligados entre si, ou seja, o estudo da infração legal, os meios de que a sociedade se utiliza para lidar com o crime e com os atos de transgressão, o amparo às vítimas e, especialmente, o criminoso e seu comportamento desviante.

Não se tem uma exata definição do que venha a ser a criminologia. Pode-se dizer, geralmente, que é uma ciência que envolve o estudo do crime, do criminoso e, conseqüentemente, da criminalidade. Ainda, a criminologia é um campo de estudos e pesquisas em diversas áreas que trabalham em conjunto (integradas), como a psiquiatria, psicologia, medicina, sociologia, antropologia, política e a área jurídica.

Antonio García-Pablos de Molina define a criminologia como:

[...] uma ciência empírica e interdisciplinar, que se ocupa do estudo do crime, da pessoa do infrator, da vítima e do controle social do comportamento delitivo, e que trata de subministrar uma informação válida, contrastada, sobre a gênese, dinâmica e variáveis principais do crime – contemplado este como problema individual e como problema social - , assim como sobre os programas de prevenção eficaz do mesmo e técnicas de intervenção positiva no homem delinqüente. (apud SHECAIRA, 2004, p. 40).

Tendo em vista a criminologia como uma ciência empírica e interdisciplinar, como a maioria dos autores define, pode-se afirmar que ela tem seu próprio método, seu objeto de estudo e uma função, reunindo informações relevantes e confiáveis acerca do problema criminal. Baseia-se em um método empírico de análise e observação da realidade, sendo que seus estudos não fornecem informações de forma totalmente absoluta, definitiva, pois não é

uma ciência exata, é uma ciência do “ser”, adaptável à realidade e compatível com as evoluções históricas e sociais.

“A moderna teoria da ciência e o crescente auge dos métodos estatísticos e quantitativos demonstraram o triunfo avassalador de um novo modelo de saber científico, mais relativo, provisório, aberto e inacabado”. (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2006 p. 29).

A criminologia não traz um saber absoluto, definitivo, sobre o problema criminal, mas um saber relativo, limitado e provisório, onde a experiência demonstra com o tempo e progresso, que as teorias se superam, onde muitas das concepções mais aceitas caem no esquecimento. Pode-se dizer que a criminologia é uma busca sem fim, nunca definitiva.

Dessa maneira, a ciência criminológica é dedicada ao estudo do delito, do delinquente, da vítima e do controle social do delito, pretendendo conhecer a realidade para poder explicá-la, assim como transformá-la, diferente do direito penal, que se limita ao crime como fato descrito na norma legal, interpretando e aplicando ao caso concreto, uma ciência do “dever ser”:

[...] ao contrário da criminologia, que é uma ciência empírica, o direito tem um método jurídico-dogmático e seu proceder é dedutivo sistêmico. O direito penal tem natureza formal e normativa [...] A criminologia reclama do investigador uma análise totalizadora do delito, sem mediações formais ou valorativas que relativizem ou obstaculizem seu diagnóstico. Interessa à criminologia não tanto a qualificação formal correta de um acontecimento penalmente relevante, senão a imagem global do fato e de seu autor: a etiologia do fato real, sua estrutura interna e dinâmica, formas de manifestação, técnicas de prevenção e programas de intervenção junto ao infrator. (SHECAIRA, 2004, p. 39).

Dessa forma, o direito penal e a criminologia aparecem como duas ciências que estudam o mesmo objeto, mas com meios diversos. De um lado a criminologia com o conhecimento da realidade, de outro, o direito penal com a valoração normativa dessa realidade. Pode-se dizer que não há subordinação de uma ciência com relação à outra, pois a criminologia atual dedica-se aos estudos críticos do direito penal.

Uma vez definido um conceito provisório de criminologia e suas diferenças com a ciência do direito penal, também cabe definir o papel desempenhado pela política criminal, juntamente com as demais ciências em questão.

Por política criminal entende-se que é uma “disciplina que oferece aos poderes públicos as opções científicas concretas mais adequadas para controle do crime, de tal forma a servir de ponte eficaz entre o direito penal e a criminologia, facilitando a recepção das investigações empíricas e sua eventual transformação em preceitos normativos”. (SHECAIRA, 2004, p. 41).

Sérgio Salomão Shecaira aponta que a política criminal não é uma ciência, mas sim, uma disciplina, tendo em vista que não possui um método próprio, como a criminologia e o direito penal. Aliás, seu propósito é transformar a experiência trazida pela criminologia, em opções e estratégias concretas a serem suportadas pelo legislador e pelos poderes públicos, onde ao direito penal incumbe transformar em preceitos jurídicos.

Não obstante, essas três ciências estudarem o fenômeno criminal, o mesmo objeto, mas com meios diversos, são todas disciplinas distintas, conhecimentos autônomos, com características próprias, mas com uma interdependência recíproca. É um modelo tripartido de uma ciência conjunta.

Nesse sentido, Figueiredo Dias afirma acerca da criminologia, direito penal e política criminal:

[...] uma ciência conjunta, esta que compreenderia como ciências autônomas: a ciência estrita do direito penal, ou dogmática jurídico-penal, concebida, ao sabor do tempo como o conjunto dos princípios que subjazem ao ordenamento jurídico penal e devem ser explicitados dogmática e sistematicamente; a criminologia, como ciência das causas do crime e da criminalidade; e a política criminal, como ‘conjunto sistemático dos princípios fundados na investigação científica das causas do crime e dos efeitos da pena, segundo os quais o Estado deve levar a cabo a luta contra o crime por meio da pena e das instituições com esta relacionada’. (apud SHECAIRA, 2004, p.35).

Portanto, é evidente que a criminologia, o direito penal e a política criminal têm uma interdependência e uma estrita ligação para o estudo das ciências criminais. São os pilares de sustentação desse sistema integrado.

2.1 Objeto de Estudo da Criminologia

Feitas essas considerações iniciais acerca da natureza e definição da criminologia, assim como sua ligação com a ciência do direito penal e a disciplina de política criminal, passa-se ao estudo do seu objeto, que ao longo dos anos foi se aperfeiçoando, sofrendo modificações e incorporando uma visão mais sociológica.

A Criminologia contemporânea tem como principal característica a ampliação e problematização do seu objeto. Com sua evolução, houve uma ampliação do seu objeto, uma vez que a criminologia tradicional se restringia apenas na pessoa do delincente e sobre o delito. Atualmente houve a inclusão do estudo acerca da vítima e sobre o controle social do crime, sendo composto seu objeto pelo estudo desses quatro vértices, ou seja, crime, o criminoso, vítima e controle social.

A problematização do objeto de estudo da criminologia trouxe inúmeras mudanças levando a uma brusca modificação no modelo de ciência (paradigma) até então estudado sobre o fenômeno criminal. A criminologia tradicional tinha por fundamento firme e indiscutível:

[...] o conceito legal de delito, não questionado; as teorias etiológicas da criminalidade, que tomavam daquele seu autêntico suporte ontológico; o princípio da diversidade (patológica) do homem delinqüente (e da disfuncionalidade do comportamento criminal); e os fins conferidos à pena, como resposta justa e útil ao delito. (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2006, p. 60).

Com a moderna Criminologia, todos esses fundamentos se viram questionados de modo que a definição de delito e a pena, reconsiderando a questão criminal e tendo uma visão mais realista do que ocorre na sociedade, são concebidos como problemáticos e conflitivos, despojando a historicidade e o mito criado pelas escolas tradicionais.

Deve-se observar que não existe um conceito único e pacífico de delito, onde a sua definição não é a mesma para o direito penal e para a criminologia. Para o direito penal o conceito de delito é formal e corresponde a expectativas normativas, sendo o delito toda conduta prevista em lei penal.

Desse modo, Shecaira define o delito como toda “ação típica, ilícita e culpável, observando que essa visão de crime é ‘centrada no comportamento do indivíduo’”. (2004, p. 43).

Já a criminologia não pode operar com um conceito jurídico-penal, formal de delito, visto que se ajusta a um sistema de expectativas cognitivas. Ela considera o crime um fenômeno/problema social e comunitário, procurando saber quais são os critérios que ensejam a fixação de uma conduta como criminosa:

Interessa à Criminologia não tanto a qualificação formal “correta” de um acontecimento penalmente relevante, senão “a imagem global do fato e do seu autor”: a etiologia do fato real, sua estrutura interna e dinâmica, formas de manifestação, técnicas de prevenção do mesmo e propagandas de intervenção no infrator, etc. (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2006, p. 62).

Tendo como referência atos humanos oriundos desde a sociedade primitiva, muito antes de um ordenamento penal estabelecido, é necessária que concorram certas circunstâncias abrangidas pela população para o reconhecimento de um determinado fato ou fenômeno como problema social, ou seja, o delito.

O primeiro critério para diagnosticar um problema social é que este incorra massivamente na sociedade. Fatores isolados, únicos, que não se reiteram, não configuram para reconhecer um fato como delituoso. O segundo fator, concorrendo com os demais, é que ocorra grande sofrimento, abalo social, pelo fato praticado, uma vez que é natural que o delito produza dor e sofrimento tanto à vítima, como à comunidade. Por isso, é contrário ao bom senso que um fato irrelevante socialmente, seja punido penalmente.

O terceiro elemento que constitui o conceito criminológico de crime é que o fato delituoso perdure no tempo e no espaço. “Não há que ter como delituoso um fato, ainda que seja massivo e aflitivo, se ele não se distribui por nosso território, ao longo de um certo tempo [...]”. (SHECAIRA, 2004, p. 45-46).

Por fim, o último elemento exigido para a configuração de um fato como problema social – crime - é que haja um evidente consenso, não restando dúvidas quanto à sua origem, técnicas de intervenção, bem como quais seriam mais eficientes para combatê-lo:

Todas estas notas próprias de um “problema social” podem ser observadas efetivamente no delito. Afeta toda sociedade (não só os órgãos e instâncias oficiais do sistema legal), isto é, interessa e afeta todos nós. E causa dor a todos: ao infrator, que receberá seu castigo, à vítima, à comunidade. Somos conscientes, sem embargo, de que temos que aceitar a realidade do crime como inseparável da convivência. Que não existem soluções milagrosas nem definitivas. Que sua explicação tem muito mistério e seu controle, razoável ou satisfatório, bastante de utopia, de irrealidade [...]. Por tudo isso, ele é um problema social e comunitário. É um problema “da” comunidade, nasce “na” comunidade e nela deve encontrar fórmulas de solução positivas. (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2006, p. 64).

Assim, concorrendo todas as circunstâncias expostas anteriormente, ou seja, incidência massiva na população; que essa incidência seja dolorosa, aflitiva; persista no espaço-tempo; falta de um inequívoco consenso a respeito de sua etiologia e eficazes técnicas de intervenção no mesmo e, consciência social generalizada a respeito de sua negatividade, o delito se configura.

Shecaira destaca que “qualquer reforma penal deveria averiguar o preenchimento dos critérios elencados para a verificação do juízo de necessidade da existência de cada fato delituoso”. (2004, p. 47).

É errado afirmar que o delito reflete um simples ataque entre infrator e lei penal, interessando e preocupando apenas os sistemas de controle, como a polícia, juízes, promotores, administração penitenciária, entre outros. Pelo contrário, o delito – a obra do delinquente – é um problema da comunidade, não só do sistema legal, tendo em vista que delinquente e vítima, assim como demais participantes do processo penal, são membros ativos da sociedade.

O crime não é nenhum corpo estranho na sociedade, “não é um tumor nem uma epidemia ou doença social, muito menos [...] uma anônima magnitude estatística referida ao fictício e irreal “delinquente médio”, senão um doloroso problema humano e comunitário”. (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2006, p. 64).

Aliás, o centro dos estudos da criminologia, primeiramente se fixou apenas no crime, definido como ente jurídico pelos pensadores da escola clássica. Após, com a vinda dos doutrinadores positivistas, o delito foi deixado de lado, passando-se a estudar o delinquente. Assim, com a moderna criminologia, o delinquente passa a ser examinado em conformidade biopsicossocial e não de uma perspectiva biopsicopatológica.

Na perspectiva dos clássicos, o criminoso era visto como um pecador, que optava pelo mal, mesmo indo contra as leis estabelecidas, as quais deveria respeitar. Nesse sentido, contribuíram as ideias de Jean Jacques Rousseau, baseadas em sua obra *O contrato social*, afirmando que as primeiras formas de sociedade convencionaram a celebração de um pacto social, como forma de organização.

Dessa forma, os indivíduos renunciavam parte de sua liberdade para seguir o acordo fixado pelo grupo social. Qualquer um que não obedecesse ao convencionado fazia-o por seu livre-arbítrio, uma vez que todos que concordaram com tal pacto. Por isso, se uma pessoa cometesse um crime, estava cometendo a quebra do pacto, devendo ser punido, uma vez que compreendiam as ideias e consequências para querer se submeter a tal situação:

O dogma da liberdade – no esquema clássico – tornou iguais todos os homens (não há diferenças qualitativas entre o homem delinqüente e o não-delinqüente) e fundamentou a responsabilidade: o absurdo comportamento delitivo só pode ser atribuído ao mau uso da liberdade em uma concreta situação, não a razões internas, nem a influência externas [...]. (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2006, p. 65).

Posteriormente, com o positivismo criminológico, passou-se a estudar o criminoso, que se transformou no protagonista das investigações, formando assim o binômio crime/criminoso.

Do ponto de vista dos doutrinadores positivistas, contrariando os clássicos, “o livre-arbítrio era uma ilusão subjetiva, algo que pertencia à metafísica. O infrator era um prisioneiro de sua própria patologia (determinismo biológico), ou de processos causais alheios (determinismo social)”. (SHECAIRA, 2004, p. 48).

Nessa concepção, o homem era privado de seu livre controle sobre seus atos, inserindo-se seu comportamento na dinâmica de causas e efeitos as quais constitui o mundo natural e social. Por isso, não são apenas os fatores internos, biológicos, que interferem no delinqüente, mas os fatores externos, ou seja, sociais, também explicam de modo implacável a sua conduta. O criminoso era um ser forte e estúpido, comparado a um animal selvagem e perigoso.

Partindo para a filosofia correccionalista, o delinquente é visto como um ser inferior, deficiente, incapaz de conduzir livremente a sua vida, sendo que dessa deficiente vontade, resultaria numa intervenção estatal eficaz, com postura pedagógica e de piedade.

O criminoso é considerado para os correccionalistas, como uma figura débil, “cujo ato precisa ser compreendido e cuja vontade necessita ser direccionada”. (SHECAIRA, 2004, p. 48). Assim, o Estado toma frente à tutela do delinquente, pois ele é visto como um menor de idade, um inválido.

Por fim, o marxismo, atribui a responsabilidade de um crime como uma consequência natural, que advém de estruturas económicas, onde o delinquente se torna mera vítima inocente e sucumbe ao delito, por motivos económicos. Aqui, a sociedade é culpada por essa situação, criando-se dessa maneira um determinismo social e económico:

O indivíduo não é um ser solitário, desarraigado, que se enfrenta com sua liberdade existencial sem condicionamentos, sem história (tese dos clássicos); porém, tampouco é uma mera concatenação de estímulos e respostas, uma máquina de reflexos e hábitos ou um prisioneiro de seu código biológico e genético (tese positivista), que olha só o passado; nem uma peça insignificante na engrenagem do universo social, mero observador passivo do acontecimento histórico ou uma vítima das estruturas que ele mesmo criou. Pelo contrário, o homem é um ser aberto e inacabado [...]. (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2006, p. 66).

O homem não é o pecador dos clássicos, que infringe as leis, nem mesmo o animal selvagem e perigoso dos positivistas, que dissemina medo; também não é o inválido que necessita ser amparado pelo Estado, pela concepção correccionalista ou, a piedosa vítima da sociedade, com o fim aparente de uma reforma absoluta de suas estruturas, conforme postulam os marxistas.

Enfim, depois de analisadas todas as diferentes perspectivas em torno do estudo do delinquente, entende-se que ele é um ser histórico, real, complexo e enigmático. Ainda que seja absolutamente normal, na maioria das vezes, o homem pode estar sujeito às influências do ambiente em que reside, cumprindo ou não as leis, por razões muitas vezes alheias à mente:

O postulado da normalidade do homem delinquente – e o da normalidade do crime – só pretende expressar um claro rechaço à tradicional correlação crime-anormalidade do infrator (...). Dificilmente cabe afirmar, hoje, que só um ser patológico pode atrever-se a violar as leis, pois a experiência diária – e as estatísticas – constata o contrário: os indivíduos “normais” são os que cada vez mais delinqüem [...]. (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2006, p. 66-67).

Qualquer sociedade, independente do seu modo de organização ou estrutura ao longo do tempo, produz uma taxa inevitável de crime. O comportamento delitivo é previsível, típico e esperado, ou seja, normal.

Na criminologia tradicional, o delinquente permaneceu no centro exclusivo dos estudos. Já nos modernos estudos criminológicos, foi deixado um pouco de lado, passando prioritariamente para a conduta delitiva em si, como também a vítima e o controle social.

Estabelecer um conceito único de vítima é uma tarefa difícil, pois existem diversas definições, conforme o âmbito de estudo da mesma. Edgard de Moura Bittencourt expõe as inúmeras definições de vítima, em seus vários sentidos:

[...] o sentido originário, com que se designa a pessoa ou animal sacrificado à divindade; o geral, significando a pessoa que sofre os resultados infelizes dos próprios atos, dos de outrem ou do acaso; o jurídico-geral, representando aquele que sofre diretamente a ofensa ou ameaça ao bem tutelado pelo direito; o jurídico-penal-restritivo, designando o indivíduo que sofre diretamente as conseqüências da violação da norma penal; e, por fim, o sentido jurídico-penal-amplo, que abrange o indivíduo e a comunidade que sofrem diretamente as conseqüências do crime. (apud SHECAIRA, 2004, p. 50).

A vítima, que suporta todos os efeitos do crime, sejam eles físicos, psíquicos, econômicos ou sociais, teve seu ápice no período da vingança privada, compreendido entre os primórdios da civilização, até o fim da Alta Idade Média. Esse período de protagonismo da vítima foi denominado de “idade de ouro”.

Após esse período, com a adoção do processo penal inquisitivo, a vítima perde o papel principal no processo, passando a ter função acessória, sendo severamente “neutralizada,” pelo sistema legal moderno, enfrentando a indiferença dos poderes públicos e o rechaço da comunidade.

O abandono da vítima se manifestou em todos os âmbitos, seja no Direito Penal contemporâneo, que é voltado para a pessoa do infrator, ou na Criminologia, que centrou seus esforços, em um primeiro momento, na pessoa do delinquente, como também o Estado, que deixou a vítima totalmente desamparada, com mero papel testemunhal no processo. Além disso, os investimentos públicos sempre foram insuficientes e, constantemente destinados ao punido e à infraestrutura das prisões, esquecendo a figura desfavorecida da vítima.

O sistema legal - o processo -, já surgiu com a finalidade de neutralizar a vítima, afastando os seus protagonistas – delinquente e vítima – do conflito criminal, como garantia de aplicação da lei, uma vez que há certa rivalidade entre as partes contendoras.

Nessa fase, a vítima deixou de ter o poder de reação ao delito, sendo este monopolizado pelo Estado, de modo que a mesma é proibida de vingar-se e de castigar o infrator, de acordo com seus interesses. Apenas poderia haver reação da vítima, de modo proporcional à ação do delinquente e dentro de certos limites.

Shecaira menciona que “com o fim da autotutela, da pena de talião, da composição e, fundamentalmente, com o declínio do processo acusatório, há uma certa perda do papel da vítima nas relações processuais decorrentes de delitos”. (2004, p. 51).

Em um terceiro momento, a vítima tem o papel no processo penal resgatado e revalorizado, com o estudo da vitimologia. Tendo em vista o fracasso do Estado no combate à criminalidade, a sociedade se impôs exigindo o direito a maior proteção em relação aos delitos.

Por isso, frequentemente surgem propostas onde se tenham penas mais severas ou prisões mais penosas como medidas de compensação ao fato ocorrido com a vítima. Shecaira observa que “não se propugna um código mais punitivo, mas sim que os operadores do direito eliminem certos desvios comuns àqueles que se ocupam das coisas da Justiça”. (2004, p. 52).

Se antes, no período de neutralização da vítima, foi assumida a natureza pública do delito, da pena e do processo, sendo que o Estado tomava frente aos interesses da mesma, com o seu redescobrimento (da vítima), os papéis se inverteram. Agora a vítima compreende dentro de seus próprios interesses, os interesses da sociedade, assumindo a representação dos interesses públicos.

Desta forma, apenas com a recente abordagem da criminologia, foi que a questão da vítima suscitou novamente no processo penal, de maneira que os estudos vitimológicos se tornaram imprescindíveis, uma vez que permitem o exame do papel desempenhado pelas

vítimas em decorrência do fato criminal, bem como proporcionar a análise de diversos problemas, como a assistência jurídica, moral, psicológica e terapêutica e, também, tomar as medidas de proteção necessárias e medidas para indenização:

A Vitimologia impulsionou, durante os últimos anos, um processo de revisão científica do “papel” da vítima no fenômeno delitivo, sua redefinição à luz dos acontecimentos empíricos atuais e da experiência acumulada. *Protagonismo, neutralização e redescobrimiento* são, pois, três fases que poderiam refletir o status da vítima do delito ao longo da história. (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2006, p. 67) (grifo do autor).

Esse movimento de valorização da vítima insculpiu uma redefinição global de seu status e suas relações com o infrator, com o sistema legal, com a sociedade, os poderes públicos e com a política.

Os estudos científicos desmentiram as expectativas monetárias em que a vítima consistia, demonstraram que ela exige e espera por justiça, do que uma compensação de ordem financeira ou programas de reparação com prestações pessoais do ofensor, em favor da vítima. Os poderes públicos têm a competência exclusiva para delinear planos, normas e procedimentos específicos para a política criminal.

Por isso, aos poucos, a vitimologia foi ganhando espaço e mostrando uma nova realidade acerca da vítima, sendo muito mais enérgica como sujeito ativo, influenciando significativamente no fato delitivo, em sua estrutura e na prevenção, deixando de ser objeto no sistema legal. A vítima se tornou uma fonte insubstituível de informações sobre o delito.

Não só o delito, delinquente e vítima são objetos de estudo da criminologia, como também o controle social do delito, que são os mecanismos disciplinares que asseguram a convivência interna do grupo social, através de instrumentos que garantam a harmonia dos objetivos designados no plano social.

Shecaira define o controle social como o “conjunto de mecanismos e sanções sociais que pretendem submeter o indivíduo aos modelos e normas comunitários” (2004, p. 56). Antonio García-Pablos de Molina e Luiz Flávio Gomes definem o controle social como “o conjunto de instituições, estratégias e sanções sociais que pretendem promover e garantir referido submetimento do indivíduo aos modelos e normas comunitários”. (2006, p. 97).

Com a moderna criminologia e, pela orientação cada vez mais sociológica e dinâmica, o controle social do delito englobou as teorias do *labeling approach* e da reação social, sendo de grande importância essas novas concepções sociológicas, as quais distinguiram certos processos e mecanismos no controle da criminalidade.

A criminologia positivista concentrou seus esforços em torno da pessoa do infrator, deixando de lado os problemas em torno do controle social. Não questionaram as definições legais, nem mesmo o quadro normativo ao qual pertenciam, pois reconhecem que representam os interesses gerais. Acreditam que as normas ensejam um problema de interpretação exclusivo do magistrado, reputando o caso concreto ao modelo típico descrito na norma:

O noticiante, a polícia, o processo penal, etc. são concebidos como meras “correias de transmissão” que aplicam fielmente, com objetividade, a vontade da lei, de acordo com os interesses gerais nela refletidos. A população reclusa, em consequência, oferece uma amostra confiável e representativa da população criminal (real), já que os agentes do controle social (polícia, juízes, processo etc.) orientam-se pelo critério objetivo do merecimento (o fato cometido) e limitam-se a “detectar” o infrator, qualquer que seja este. (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2006, p. 96).

De acordo com *labeling approach*, que adota uma posição contrária a criminologia positivista, o estudo do controle social é fundamental. Não basta somente analisar a interpretação das normas, mas como também, a aplicação delas à realidade social. Os agentes do controle social formal, não são meras correias de transmissão da vontade geral, mas filtros seletivos e discriminatórios, agindo de acordo com o status social do infrator, desviando assim, o conteúdo real da norma, provocando a desigualdade social e a injustiça.

Para atingir seus objetivos, a comunidade serve-se de dois sistemas de controle. Há o controle social informal, que passa pela instância da sociedade civil, composto pela família, escola, profissão, opinião pública, entre outros. A outra instância é a de controle social formal, que é o controle realizado por intermédio da polícia, da justiça, do ministério público, da administração penitenciária e demais agências ligadas à estrutura política do Estado. Quando as instâncias informais de controle social falham, são substituídas pelas agências de controle formais.

Dessa forma, se o indivíduo não consegue se adaptar em conformidade com as condutas transmitidas pelas agências de controle informais, tendo em vista o processo de

socialização, as instâncias formais começam a atuar, de maneira coercitiva e impondo sanções, diferentemente da esfera informal.

“Norma, processo e sanção são três componentes fundamentais de qualquer instituição do controle social, orientada a assegurar a disciplina social, ratificando as pautas de conduta que o grupo reclama”. (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2006, p. 97).

Por isso, o controle social possui certa formalidade, sendo previsível e controlado em conformidade ou não, com os princípios e normas. Essa formalização cumpre várias funções, selecionando, delimitando e estruturando as possibilidades de ações dos indivíduos envolvidos nos conflitos:

Este controle social formal é seletivo e discriminatório, pois o status prima sobre o merecimento. Ademais, é ele estigmatizante, desencadeando desvios secundários e carreiras criminais [...]. A efetividade do controle social formal é muito menor do que aquela exercida pelas instâncias informais. É isso que explica, por exemplo, ser a criminalidade muito maior nos grandes centros urbanos do que nas pequenas comunidades (onde o controle social informal é mais efetivo e presente). De outra parte, nas grandes cidades, onde os mecanismos de controle informais não são tão presentes, há de se buscar uma melhor integração das duas esferas de controle. (SHECAIRA, 2004, p. 56).

Assim, pode-se dizer que a efetividade das instâncias de controle social é sempre relativa, pois mesmo com mais leis ou penas, mais policiais ou prisões, não significam menos delitos. Uma eficiente prevenção dos delitos não importa em uma maior efetividade do controle social formal, mas sim, de um ajuste, uma integração entre o controle social informal e formal.

Na sociedade, a pena envolve em “um vínculo de autoridade entre quem reprova e quem é reprovado”. (SHECAIRA, 2004, p. 57). Quem dita essa autoridade, responsabiliza o transgressor pelo fato delituoso, devendo ser condenado, sendo que este acata o determinado, consente a sua culpa e reconhece o vínculo de autoridade.

A partir disso, reconhece-se que o direito penal é um dos instrumentos de controle social, desempenhando o mesmo papel de outros instrumentos de controle, com a diferença de que leva consigo a ameaça concreta e racional da penalidade/punição, fazendo parte, então, do controle social primário. Ao contrário, é o controle social secundário, que regula as normas e modelos de comportamento social adequados, de forma interna, sem recorrer à sanção penal.

O controle social penal é um subsistema dentro do sistema global do controle social, se diferenciando apenas quanto aos seus fins, meios de que se utiliza e grau de formalização que requer. A investigação minuciosa da atuação do controle social constitui um dos objetivos primordiais do *labeling approach*, que destaca três principais características do sistema de controle social penal: comportamento seletivo e discriminatório, sua função produtora da criminalidade, onde o infrator não é detectado, mas é criada a infração e vinculado um culpado como o sendo e, o efeito estigmatizador, marcando o indivíduo e criando carreiras criminais.

Desta maneira, surge na sociedade moderna um conceito dual acerca do Estado, composto pela sociedade civil e pela sociedade política, conforme as lições de Antonio Gramsci. Essa concepção conduz a duas formas de dominação, sendo uma representada pela hegemonia (sociedade civil) e outra pelo poder coercitivo (sociedade política).

Como o Estado é um órgão complexo, a dominação habitual assumida é em relação à hegemonia. Quando o Estado se encontra em crise, o controle da sociedade civil se apoia na sociedade política, para firmar sua dominação. Se na sociedade civil, a supremacia é exercida através da política e do consenso, na sociedade política, é ao contrário, a dominação se dá através da coerção.

Shecaira aduz que, na esfera jurídico-penal, esse sistema não atua de forma isolada:

[...] ele deve ser visto como um subsistema encaixado dentro de um sistema de controle social e de seleção de maior amplitude existente dentro do Estado. Identificar esse sistema de penas com a repressão extremada da criminalidade é aproximar o direito penal do sistema coercitivo das sociedades políticas [...] A contradição entre o controle penal absoluto e o direito penal, usada como última instância de controle, é reflexo direto da dualidade existente entre sociedade política e sociedade civil, entre o regime ditatorial e o regime democrático. (2004, p. 59).

Utilizar a pena como forma de impor condutas à sociedade é irreparável, pois conduz a arbitrariedade e autoritarismo do regime que se implanta. Um exemplo dessa conduta extrema são as ditaduras, que expuseram as mais variadas formas de controle social e penal.

“As prisões não diminuem a taxa de criminalidade: pode-se aumentá-las, multiplicá-las ou transformá-las, a quantidade de crimes e de criminosos permanece estável, ou, ainda pior, aumenta”. (FOUCAULT, 2007, p. 221).

A pena de prisão se tornou a forma mais extremada de controle penal e, tendo um regime penitenciário rigoroso, regula todos os movimentos do apenado, despersonalizando-o e convertendo-o em uma máquina, controlado pelo sistema, onde não tem pensamentos e vontade própria.

“O castigo só é funcional quando se limita ao comportamento de uma minoria: em outro caso, perde – tal como o crime – sua função integradora”. (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2006, p. 99).

O modelo prisional induz no detento um estado consciente e permanente de visibilidade, de vigilância, onde é assegurado o seu controle total, de todas as suas ações. A pena privativa de liberdade é a o instrumento garantidor da ordem pelo Estado, quando todos os controles sociais fracassam:

A punição é uma técnica de coerção dos indivíduos; ela utiliza processos de treinamento do corpo – não sinais – com os traços que deixa, sob a forma de hábitos, no comportamento; ela supõe a implantação de um poder específico de gestão da pena. O soberano e sua força, o corpo social, o aparelho administrativo. A marca, o sinal, o traço. A cerimônia, a representação, o exercício. O inimigo vencido, o sujeito de direito em vias de requalificação, o indivíduo submetido a uma coerção imediata. (FOUCAULT apud SHECAIRA, 2004, p. 59-60).

Dessa forma, a pena é o sistema de controle e repressão do Estado, somente podendo ser utilizada quando as demais formas de controle social falharem, em *ultima ratio*, ou seja, como última medida punitiva. Antes de utilizar o Direito Penal devem-se esgotar todos os meios extrapenais de controle social.

As novas tendências do controle social penal, modalidade mais agressiva de controle formal, seguem um histórico de racionalização do direito penal, como a avaliação de seus efeitos, seus objetivos e a real necessidade de sua intervenção, limitando-se aos casos mais graves apenas, conforme o postulado pelo direito penal mínimo.

Se de um lado, o controle social pondera a necessidade evidente da presença do direito penal como instrumento eficiente de solução dos problemas sociais, de outro, demonstra também o grave custo que sua intervenção proporciona. Prever seu desaparecimento ainda é surreal.

Dessa forma, asseveram Antonio García-Pablos de Molina e Luiz Flávio Gomes:

O certo é que não se deve confundir o controle da criminalidade com seu extermínio. A criminologia pretende um controle razoável do delito, pois sua total erradicação da sociedade é uma meta inviável e utópica. De outro lado, a prevenção realista do delito obriga refletir sobre os custos sociais dos meios empregados para seu controle. Seria inadmissível pagar qualquer preço. (2006, p. 115).

Ainda, não se pode dizer que o processo de racionalização desta forma de controle social formal, ataca apenas seus pressupostos, pois também ao seu conteúdo, uma vez que:

[...] não se trata de exclusivamente delimitar e restringir ao máximo as condições e requisitos do *ius puniendi* senão de controlar seu exercício: o conteúdo, extensão e formas concretas de reação penal. Decisivo é não só *quando* (sob que pressupostos) pode intervir o Direito Penal senão *como* há de fazê-lo, então. (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2006, p. 99-100) (grifo do autor).

Assim, esse processo histórico vai abrindo espaço para uma forma de intervenção mais humana, mais racional, que limita o arsenal punitivo do controle social penal.

Além disso, também se observa uma inclinação à mudança com relação aos pequenos conflitos, de pouca relevância social, sendo substituídos da intervenção do sistema legal e suas instâncias oficiais por outros mecanismos informais, não institucionalizadores, mais ágeis e que não possuem efeitos estigmatizadores. Essa estratégia diversificada pretende que os mecanismos informais e desinstitucionalizados, sejam destinados para os conflitos menos graves, onde somente os modelos mais repressivos elaborados pelas instâncias formais de controle social, sejam utilizados para os casos irreparáveis, de transgressores perigosos.

Visto que, atualmente não há algum sistema capaz de assumir a função do Direito Penal, suprimindo a necessidade do controle social formal, resta por em prática a substituição da intervenção formal, no que couber, pela informal:

O controle social “formal” tem, desde logo, aspectos negativos, mas assegura pelo menos uma resposta racional, igualitária, previsível e controlável, o que não acontece sempre com os controles informais ou não institucionalizados. E sobretudo: o controle social formal é fiel a uma filosofia “garantista” irrenunciável. Substituir o velho Direito Penal por outros controles sociais supostamente menos

repressivos e estigmatizadores renunciando ao marco de garantias que aquele preserva não significaria progresso algum. (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2006, p. 100).

Não se pode esquecer também que as instâncias de controle social informais, apresentam algumas deficiências, pelas quais não se pode dar uma maior efetividade. Exemplo disso é a instituição familiar e a comunidade, que se encontram enfraquecidas, de modo que não conseguem atuar de modo eficaz.

Por fim, cabe asseverar que, muitos autores indicam que há de certa forma uma transformação do aparelho de controle social e de sua forma operacional, do que uma redução da pressão deste, com o surgimento de novas tendências e uma nova visão acerca do delito e do castigo, guiados pela psicologia, trabalho social e sociologia.

2.2 Nascimento das Escolas Criminológicas Tradicionais

Não há unanimidade em afirmar acerca do nascimento da criminologia, bem como em que momento histórico passou a se firmar com autonomia científica. Boa parte dos doutrinadores afirma que seu estudo científico, de fato, iniciou com a escola positivista, onde tem destaque Cesare Lombroso, com a edição do livro *O Homem Delinqüente*, de 1876. Juntamente com Lombroso, se destacaram Garófalo e Ferri no estudo do positivismo criminológico.

Mas a criminologia é marcada também por uma etapa pré-científica, uma forma de pré-história da criminologia. O período pré-científico foi determinado pelo pensamento dogmático da escola clássica, tendo como principal anfitrião Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria, que publicou sua obra *Dos Delitos e Das Penas*, em 1764. Beccaria é reconhecido por muitos doutrinadores como o primeiro pensador da criminologia.

Com duas etapas de evolução nas ideias sobre o crime, um período pré-científico e um científico, o nascimento da criminologia, foi delimitado pela escola positivista, com a transição do método empírico dedutivo, do pensamento abstrato-dedutivo para a observação, o método empírico indutivo, positivo. A famosa obra lombrosiana, é o marco de

transformação entre esses dois períodos, sendo citada como a certidão de nascimento da criminologia empírica científica.

Deste modo, com os fenômenos que aconteciam naquela época, de cunhos filosóficos e sociológicos, o pensamento biológico científico não era capaz de explicar tais transformações, onde clássicos e positivistas tinham respostas diferentes para um único problema:

[...] clássicos focaram seus olhares no fenômeno e encontraram o crime; positivistas fincaram suas reflexões nos autores desse fenômeno, encontrando o criminoso. Clássicos e positivistas, na realidade, são distintas faces da moeda iluminista, tese e antítese que não podem superar essa relação dialética de oposição senão quando produzem a síntese; e esta é muito diferente dos fatores que lhe deram origem. (SHECAIRA, 2004, p. 76).

Diante da longa evolução de ideias e teorias sobre o crime, houve grandes transformações quanto aos interesses e métodos utilizados, através da Biologia, Psicologia e Psiquiatria e, destas, à Sociologia, que predomina atualmente. O pensamento criminológico sofreu inúmeras transformações, desde teorias simples, a modelos complexos e integrados.

2.2.1 Escola Clássica

A Escola Clássica (etapa pré-científica) assumiu o legado liberal, racionalista e humanista do Iluminismo, com orientação jusnaturalista. Para essa escola, o crime é concebido como:

[...] fato individual, isolado, como mera infração à lei: é a contradição com a norma jurídica que dá sentido ao delito, sem que seja necessária uma referência à personalidade do autor (mero sujeito ativo do fato) ou à sua realidade social, para compreendê-lo. O decisivo é mesmo o fato, não o autor. (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2006, p. 135).

A decisão de infringir a lei, que é igual para todos, é exclusiva do delinquente, pois é um ser soberano e tem o livre arbítrio para tomar suas decisões. A Escola Clássica não se preocupa em estudar quais as origens que determinam o comportamento criminoso, mas sim, se ocupa apenas da ideia jusnaturalista, onde o ato delitivo é uma decisão livre do autor, uma noção mais reativa do que etiológica.

O pensamento clássico é composto por três bases fundamentais, ou seja, a imagem do homem é concebida como um ser racional, igual e livre; a teoria do pacto social, como fundamento da sociedade civil e do poder; e o conceito utilitário do castigo, com apoio ético.

Por isso, a escola clássica representa “o trânsito do pensamento mágico, sobrenatural, ao pensamento abstrato, do mesmo modo que o positivismo representará a passagem ulterior para o mundo naturalístico e concreto”. (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2006, p. 135).

O método de estudo utilizado pelos clássicos era o lógico-abstrato ou o dedutivo, onde optava pela especulação, pelos sistemas filosóficos e metafísicos, onde deduzia dos mesmos seus principais postulados.

Cesare Beccaria foi quem deu início aos pensamentos e teorias do classicismo, no período Iluminista, em 1764, quando publicou a obra *Dei delitti e delle pene* (Dos Delitos e das Penas), onde pregava a humanização das penas, defendendo o fim das penas cruéis e da pena capital, a existência de lei simples conhecidas e obedecidas pela sociedade. Além disso, mencionava que apenas as leis, poderiam fixar as penas, não sendo permitido ao juiz aplicar sanções arbitrariamente.

Com as imposições políticas querendo limitar o livre arbítrio do cidadão e a opressão de um poder autoritário e concentrado, que encontravam no castigo um instrumento legítimo de controle do crime, corroboraram com as exigências filosóficas do jusnaturalismo de Grócio e do contratualismo de Rousseau, pois “a necessidade de reafirmar a existência de um direito estranho e superior às forças históricas, resultante da própria natureza do homem, imutável na essência ou, ainda, que fosse produto de um livre acordo de vontades entre os seres racionais, é que vai orientar tal pensamento”. (SHECAIRA, 2004, p. 91).

As concepções de caráter filosófico penal de Beccaria tiveram grande impacto no plano das ciências penais, as quais foram motivadas pelas necessidades de transformações políticas e econômicas. Sua obra *Dos Delitos e Das Penas* foi a pedra fundamental do direito

liberal e da criminologia clássica, assim como foi alvo de muitas críticas dos pensadores positivistas.

Beccaria criticou severamente o sistema de provas no processo penal, mencionando sempre que as leis não precisavam ser tão rigorosas, mas sim, deveriam ser efetivamente cumpridas:

O rigor do castigo faz menor efeito sobre o espírito do homem do que a duração da pena, pois a nossa sensibilidade é mais fácil e mais constantemente atingida por uma impressão ligeira, porém freqüente, do que por abalo violento, porém passageiro. Todo ser sensível está dominado pelo império do hábito; e, como é este que ensina o homem a falar, a andar, a satisfazer as suas necessidades, também é ele que inscreve no coração humano as idéias morais por meio de impressões reiteradas. (2007, p. 53).

Eis que o ponto fraco da escola clássica foi a abordagem acerca do problema criminal, desprezando a pessoa do delinquente e seu meio social, sendo que, por isso, não pôde oferecer elementos e informações úteis aos poderes públicos para implementação de programas políticos-criminais de prevenção e combate ao crime. Da mesma forma, era impossível a aplicação rigorosamente igual da lei, pois há inúmeras instâncias que se encontram desde a concepção do legislador até chegar a aplicação concreta.

Quanto à contribuição que esta escola proporcionou ao estudo da criminologia, pode-se dizer que foi no contexto penal que obteve mais alcance, do que na própria criminologia, pois a Escola Clássica “se enfrenta muito tarde com o problema criminal: limita-se a responder ao comportamento delitivo com uma pena justa, proporcional e útil, mas, não se interessa pela gênese e etiologia daquele nem trata de preveni-lo e antecipar-se ao mesmo”. (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2006, p. 136).

O pensamento clássico se espalhou por toda Europa, mas foi na Itália que essa perspectiva se consolidou, tendo como representantes desse pensamento Filangieri (1752-1788), Pellegrino Rossi (1768-1847), Carmignani (1768-1847), Romagnosi (1761-1835) e Francesco Carrara (1805-1888), o principal autor na época.

A partir da obra de Carrara, pode-se afirmar que “o crime não é um ente de fato, é um ente jurídico; não é uma ação, é uma infração. É um ente jurídico porque sua essência deve consistir necessariamente na violação de um direito”. (SHECAIRA, 2004, p. 93-94).

Desta forma, o crime é a violação de um direito como exigência racional, que emana da liberdade de cada indivíduo, ou seja, o livre-arbítrio. A pena é uma retribuição jurídica, proporcional ao delito cometido, que tem como finalidade o restabelecimento da ordem violada.

2.2.2 Escola Positivista

Em meio a muitas críticas advindas da escola clássica, surge uma alternativa quanto aos métodos e paradigmas da criminologia. A escola positivista surge no ano de 1876, com a publicação da obra *L'uomo delinquente*, de Cesare Lombroso (1835-1909) emergindo um novo período, chamado de científico. O método dos clássicos, que era abstrato e dedutivo, agora na etapa científica, passou a ser o empírico-indutivo, baseado na observação dos fatos.

Lombroso não inovou e nem mesmo criou uma nova teoria. Apenas foi “alguém que teve a capacidade de recolher o pensamento esparso que vicejava à sua volta para articulá-lo de forma inteligente e convincente”. (SHECAIRA, 2004, p. 95).

No entanto, a escola positiva italiana apresentou dois caminhos distintos. Uma fase antropológica, guiada por Lombroso e, uma sociológica conduzida por Ferri, ressaltando a relevância etiológica dos fatores individuais e sociais sobre as circunstâncias do delito. O positivismo criminológico representa o período científico, as fases do conhecimento humano, superando assim o momento mágico e o metafísico (racionalismo).

O delito passa a ser visto de forma diferente. Se antes os clássicos lutavam contra o castigo, a irracionalidade do sistema penal, por outro lado, os positivistas lutavam contra o delito, por meio do conhecimento científico de suas causas, para proteger a ordem social.

A contribuição do positivismo se deu em função da consolidação e defesa da nova ordem social que se fortaleceu, diferente do Iluminismo, que se limitava a criticar o antigo regime. A teoria do contrato social e da função preventiva da pena, como era postulado pelos clássicos, não era suficiente para firmar a nova ordem social, pois era essencial fortalecer e legitimá-la, como foi feito pelos positivistas, que tornou soberana a ordem burguesa.

A escola positivista defendia rigorosamente a ordem social, visto que se espelhava na pena de morte e, na lei da seleção natural das espécies. Também, se baseou no princípio da

diversidade do homem delinquente, onde o criminoso, sob um ponto de vista qualitativo, é um indivíduo distinto (patológico) do cidadão normal.

As leis naturais também eram compreendidas nesta escola, mas de um modo diferente dos clássicos:

Estas leis não têm sua origem numa instância jusnatural ou metafísica, senão no outro absoluto: a ordem física ou social. Não há mais realidade que a dos fatos. O conhecimento é objetivo: o indivíduo que a observa deve esvaziar-se de seu próprio mundo subjetivo. Não obstante, a observação mesma fica permanentemente superada por sua relatividade. A finalidade da ciência não se esgota no acúmulo de dados, senão na inter-relação deles, formulando as leis que regulam os fenômenos. (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2006, p. 146).

O fundamento no direito de castigar, para a escola positivista, é na necessidade da conservação social e não na mera utilidade. Primeiro se buscam as causas do delito e depois são construídas teorias em relação ao mesmo. O delito é considerado um fato real e histórico, natural, que deriva das exigências da vida social, sendo que para sua compreensão é indispensável o estudo do delinquente e de sua realidade social. A finalidade da lei penal é combater o fenômeno social do crime, ou seja, defender a sociedade.

Aliás, a criminologia positivista não se preocupa apenas no estudo antropológico do criminoso, pois surgiu como uma renovação no pensamento da época, assim como do método científico, fundando-se, além da antropologia, na psicologia, psiquiatria, estatística criminal, direito penal e estudos penitenciários, aplicando o método positivo, da observação, no estudo do delito, delinquente e seu meio.

Lombroso é considerado o fundador da criminologia científica, devido aos seus estudos e pesquisas, com base também na antropologia, publicando a obra *Tratado Antropológico Experimental do Homem Delinqüente*, em 1876.

Desenvolveu uma tipologia do delinquente, dividindo-se em seis grupos distintos: o delinquente nato (atávico), o louco moral (doente), o epilético, o louco, o ocasional e o passional. Essas classificações foram adicionadas em outra obra de sua autoria, *El crimen, causas y remedios*, que posteriormente se aprimoraram e foram reconhecidas na transformação dos fatores sociais e externos, no delito.

Sua teoria do delinquente nato foi formulada “com base em resultados de mais de quatrocentas autópsias de delinquentes e seis mil análises de delinquentes vivos; e o atavismo que, conforme seu ponto de vista, caracteriza o tipo criminoso – ao que parece -, contou com o estudo minucioso de vinte e cinco mil reclusos de prisões européias”. (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2006, p. 148).

A categoria do delinquente nato merece especial destaque, uma vez que é marcado por diversos estigmas, que lhe revelam e se transmitem por via hereditária. As investigações de Lombroso iniciaram com a análise dos crânios de delinquentes e demais características fisionômicas e frenológicas, assim como o “atavismo” foi baseado no comportamento de animais e plantas, tribos primitivas e selvagens e civilizações indígenas, afirmando que o criminoso era uma espécie não evolucionada, um ser atávico que representa a regressão do homem ao primitivismo:

Ao autopsiar Villela, assaltante calabrês, verifica que este possuía uma fossa occipital igual à dos vertebrados superiores, mas diferente do homo sapiens. Aplica a teoria da degeneração de Benito Morel que o leva ao conceito de atavismo. Mais tarde, ao examinar os crimes de sangue praticados pelo soldado Misdea, constata que o ataque epilético, que causa convulsões, podia ser substituído por impulsos violentos, especialmente nas situações em que a pessoa fosse portadora da chamada “epilepsia larvar”. (SHECAIRA, 2004, p. 97).

Para Lombroso, o criminoso era um ser selvagem, que já nasce delinquente e sofre estigmas degenerativos comportamentais, psicológicos e sociais, bem como afirmava ser o crime um fenômeno biológico e não um ente jurídico, como sustentavam os clássicos, razão pela qual o método empregado para estudo deveria ser o experimental (indutivo). A causa dessa degeneração que atinge o homem e o leva ao nascimento do criminoso é a epilepsia, da qual ocorrem lesões cerebrais.

Assim, para explicar os impulsos criminosos, Lombroso utiliza sua teoria com base no atavismo, na degeneração pela doença e criminoso nato, sendo que este último possuía certas características especiais, como fronte fugidia, assimetria craniana, cara larga e chata, muitas vezes os criminosos eram canhotos, cabelos abundantes, olhar errante, móvel e oblíquo para ladrões e olhar duro, injetado de sangue para assassinos e, a mulher delinquente também tinha especial destaque em sua obra. Ambos os sexos eram considerados espécies retardatárias, atrasadas, que já haviam evoluído na humanidade.

O pensamento positivista de Lombroso considerava a análise do criminoso muito mais relevante do que o estudo do próprio crime, por ser o criminoso um subtipo humano, de ordem prioritária. Ainda, afirma que os fatores exógenos serviam apenas para desencadear os fatores endógenos, ou seja, clínicos, pois o criminoso já nascia criminoso em sua concepção.

O determinismo biológico é a marca do positivismo de Lombroso, onde a liberdade do indivíduo – livre arbítrio – é uma mera ficção. Por conta disso, sua teoria foi marcada por uma série de críticas, como o caráter atávico do delinquente nato assim como ao significado atribuído por ele aos estigmas, o qual seria degenerativo. Não há como afirmar que exista uma ligação, uma interdependência entre os “estigmas” e a tendência criminosa. Esses traços são encontrados em muitos indivíduos, sem que tenham uma explicação atávica, primitiva e muito menos criminógena, pois é evidente que nem todos os criminosos apresentem essas características, bem como os “não criminosos” podem possuir tais “anomalias”.

Se fosse verdade que o homem delinquente fosse um selvagem, uma espécie não evoluída, haveria altos índices de criminalidade nas tribos primitivas, o que não era verdadeiro. Ademais encontrar algumas características consideradas de criminosos natos, em pessoas tidas como “normais”, era comum, por isso é evidente que nem todos os criminosos apresentam tais características que podem diferenciá-los dos indivíduos não criminosos.

Dessa maneira, não existe um tipo criminoso de caráter antropológico, dotado de características específicas que seja diferente do indivíduo não criminoso. Por isso, não se pode analisar o crime somente por essa perspectiva de Lombroso, pois não podemos desprezar a relevância dos fatores sociais e externos.

Na escola positivista, também se destacou com seus estudos Ferri (1856-1929), trazendo a sociologia criminal. Ferri também acreditava no positivismo, mas com um diferencial, contestava a tese do livre arbítrio do homem, definindo-a como de mera ficção, substituindo a responsabilidade moral pela social. Ficou conhecido por sua equilibrada teoria da criminalidade (com ênfase sociológica), por seu ávido programa de política criminal, através dos substitutivos penais e por sua tipologia criminal. Ao contrário da escola clássica, sugeria um estudo etiológico do crime, a origem da criminalidade para buscar as suas causas.

Enrico Ferri acredita que, o delito, não é produto exclusivo de nenhuma patologia individual, mas sim, como qualquer outro acontecimento natural ou social, resultado da contribuição de diversos fatores, sejam individuais (antropológicos), físicos ou sociais,

contrariando Lombroso, que acredita ser o delito uma patologia, conforme sua tese antropológica.

Acerca do crime, Ferri aduz que:

[...] é um fenômeno social como outros, que se rege por sua própria dinâmica, de modo que o cientista poderia antecipar o número exato de delitos e a classe deles, em uma determinada sociedade e em um momento concreto, se contasse com todos os fatores individuais, físicos e sociais antes citados e fosse capaz de quantificar a incidência de cada um deles. (apud GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2006, p. 150).

O programa de política criminal elaborado por Ferri, conforme a teoria dos substitutivos penais dispensa a colaboração do Direito Penal na luta e prevenção do delito, sustentando que o delito é um fenômeno social, tendo uma dinâmica própria e etiologia específica, onde prevalecem os fatores sociais. Em decorrência desses fatores, a luta e prevenção do crime devem ocorrer através de uma ação dos poderes públicos, que se antecipe ao crime e que incida eficientemente nos fatores criminógenos que o produzem, nas diversas esferas, impedindo-os de se dissipar.

Ainda, a pena, para Ferri seria ineficaz se não fosse seguida das reformas de caráter econômico, social, entre outros, uma vez que seriam orientadas por uma análise científica e etiológica do delito, tendo como instrumento de combate ao crime uma Sociologia Criminal integrada, e não apenas o Direito Penal.

“A razão e fundamento da reação punitiva é a defesa social, que promove mais eficazmente pela prevenção do que pela repressão aos fatos criminosos”. (SHECAIRA, 2004, p. 99).

Diferente de Lombroso, onde a tipologia original sustentava seis tipos de delinquentes, Ferri dividiu-os em cinco, os quais são: nato, louco, habitual, ocasional, passional e mais tarde, acrescentou o delincente involuntário (imprudente). Admitia a combinação das características dos tipos mencionados em uma mesma pessoa, demonstrando em sua tipologia uma grande flexibilidade entre as opções.

Em seu legado, também surgiram críticas e contradições, uma vez que Ferri se dizia sentir marxista, mas tinha aspirações totalitárias através das teorias positivistas. Sustentava defender a justiça da ordem social a todo custo:

[...] incluindo o sacrifício dos direitos individuais, da segurança jurídica e da própria humanidade das penas. Daí sua ingênua confiança no regime fascista (que reforçaria o princípio da autoridade, freio do individualismo liberal), sua preferência pelo sistema de medida de segurança (livres do formalismo e da obsessão pelas garantias individuais dos juristas) e pela sentença indeterminada [...]; sua hostilidade em relação aos jurados [...] e, inclusive, a admisão, ainda que só em alguns casos, da pena de morte. (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2006, p. 150).

Já Rafael Garófalo (1852–1934) sustentava um positivismo moderado, reformulando o pensamento da escola positivista e, difundindo seus postulados, com uma melhor recepção pelas leis, sem excessos doutrinários. Afastou-se da antropologia de Lombroso como também do sociologismo de Ferri. Os aspectos fundamentais de sua passagem pela escola positiva eram três: formulou um conceito de delito natural, sua teoria da criminalidade e a teoria da pena (fundamento do castigo).

Introduziu o conceito de temibilidade, o qual era a perversidade constante e ativa do criminoso e a quantidade do mal previsto que se deve temer por parte do mesmo. Em decorrência disso, surgiram formulações acerca da intervenção penal, propostas pelos positivistas, ou seja, a medida de segurança, como instrumento de contenção do mal causado pelo delincente.

Até os estudos de Garófalo, o positivismo tinha apenas se concentrado para definir as características do criminoso, em vez de definir o próprio conceito de crime, como objeto específico da Criminologia. Visto isso, inovou com uma categoria exclusiva da Criminologia, onde poderia ter autonomia em delinear seu objeto.

Essa categoria consistia no chamando “delito natural”, “com o qual se distingue uma série de condutas nocivas per se, em qualquer sociedade e em qualquer momento, com independência, inclusive, nas próprias valorações legais mutantes”. (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2006, p. 151).

Mas, a definição de delito natural decepcionou, uma vez que era impossível elaborar um rol universal prevendo todos os tipos de crimes possíveis com uma conceituação de caráter duvidoso, ambíguo.

Para explicar a teoria da criminalidade, Garófalo nega a teoria de Lombroso, de base antropológica, mas reconhece o significado de alguns dados anatômicos. O marco de sua

teoria reside no campo da fundamentação do comportamento e do tipo criminoso em uma suposta anomalia, não patológica, mas 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”. (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2006, p. 151).

Diferente dos demais pensadores do positivismo, Garófalo distinguiu quatro tipos de criminosos, o assassino, o criminoso violento, o ladrão e o lascivo. Mas sua contribuição no estudo da criminologia foi decisiva através de sua filosofia do castigo, ou melhor, dos fins da pena e toda sua fundamentação acerca da prevenção e repressão do crime.

Para a eficaz defesa da ordem social, Garófalo admitia o rigor do direito penal:

Do mesmo modo que a natureza elimina a espécie que não se adapta ao meio, também o Estado deve eliminar o delinqüente que não se adapta à sociedade e às exigências da convivência. Essa defesa radical da ordem social leva-lhe a aceitar a pena de morte em certas hipóteses (criminosos violentos, ladrões profissionais e criminosos habituais, em geral), assim como penas de particular severidade [...]. (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2006, p. 151).

A pena para ele deve existir em virtude das características concretas de cada criminoso, sem atribuição de outro conteúdo que o classifique. Rejeitou a ideia de proporção como medida da pena, assim como a ideia de responsabilidade moral e liberdade humana. Garófalo era contrário à finalidade de correção e ressocialização imposta pela pena, pois impede a parte essencial, inerente e psíquica do ser humano, da personalidade criminosa.

Visto as principais diferenças entre os principais autores do positivismo, podemos destacar algumas de suas principais ideias convergentes: o crime passou a ser considerado como um fenômeno natural e social, com influências do meio e de outros vários fatores, fazendo com que o método utilizado para o estudo da criminalidade fosse o experimental. A responsabilidade penal também é social, por ser o delinqüente um membro da sociedade, com base na periculosidade. A pena é uma medida de defesa social visando a recuperação do delinqüente, assim como a medida de segurança surge tendo tempo indeterminado, até a recuperação do criminoso. O criminoso é tido psicologicamente como anormal.

Vale mencionar, ainda, o positivismo criminológico espanhol, representado por três autores de especial destaque: Dorado Montero, Salillas e Bernaldo de Quirós. Dorado concilia os postulados positivistas com a filosofia correcionalista. Postulou um direito protetor dos criminosos e não um direito repressivo. Salillas, caminhava para uma orientação mais sociológica, preocupando-se com o estudo do meio social do delinquente. Já Bernaldo, destacava a importância dos fatores antropológicos e sociológicos do crime.

2.2.3 Escolas Intermediárias e Teorias Ambientais

Com o pensamento de Enrico Ferri e os postulados da Estatística Moral, surgiu uma nova concepção criminológica, que mais tarde viria a reunir seus estudos e colaborar com a Sociologia Criminal. As escolas intermediárias que se sobressaíram foram a Escola Francesa de Lyon, os pensamentos ecléticos da *Terza Scuola* italiana, da Jovem Escola Alemã sociológica e, da Defesa Social.

A escola de Lyon, também chamada de Escola Antropossocial ou Criminal-sociológica, era composta, pela maioria, de médicos. Esta escola foi influenciada pelo químico Pasteur, onde seus representantes, Lacassagne e Aubry utilizaram o símil do micróbio para explicar a importância do meio social para a criminalidade.

“O micróbio é o criminoso, um ser que permanece sem importância até o dia em que encontra o caldo de cultivo que lhe permite brotar”. (LACASSAGNE apud GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2006, p. 152).

Lacassagne (1843-1924) distinguiu duas classes de fatores criminógenos, com a ajuda de Aubry, os predisponentes (corporais) e os determinantes (sociais). Também é de sua autoria a conhecida frase: “As sociedades tem os criminosos que merecem”, ressaltando a importância do meio social.

Ainda, dividiu o ser humano em três classes, a partir de topografias cerebrais, sendo os intelectuais (região frontal), os afetivos (occipital) e os volitivos (parietal). Com isso, o desequilíbrio de algumas dessas zonas classificava o delinquente, juntamente com os aspectos socioeconômicos do indivíduo. Reconheceu que o criminoso possuía anomalias corporais e anímicas, mas ao contrário de Lombroso, seriam produtos do meio social.

Quanto às Escolas Ecléticas, essas tentavam conciliar os postulados das escolas positivista e clássica, em ambos os planos metodológicos quanto de suas ideias. Não tomaram parte de nenhuma das teorias da criminalidade, mas abordavam problemas relevantes e atraentes para a visão criminológica.

A *Terza Scuola*, tinha como representantes importantes nomes como Alimena, Carnevale e Ipallomeni. Dentre seus postulados:

[...] nítida distinção entre disciplinas empíricas (método experimental) e disciplinas normativas (que requeriam um método abstrato e dedutivo); contemplação do delito como produto de uma pluralidade muito complexa de fatores endógenos e exógenos; substituição da tipologia positivista por outra mais simplificada, que distingue os delinquentes em “ocasionais”, “habituais” e “anormais”; dualismo penal ou uso complementar de penas e medidas de segurança, frete ao monismo clássico (monopólio da pena retributiva) ou ao positivismo (exclusividade das medidas de segurança); atitude eclética a respeito do problema do livre arbítrio, conservando a ideia da responsabilidade moral como fundamento da pena, e a de temibilidade como fundamento da medida; atitude de compromisso, também, quanto aos fins da pena, conjugando as exigências de retribuição com as de correção do delincente. (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2006, p. 153-154).

Alimena menciona que a *Terza Scuola* foi significativa para a Criminologia, uma vez que o Direito Penal não pode ser absorvido pela Sociologia, mas sim, deve haver uma integração das demais ciências e disciplinas não jurídicas, para um enriquecimento do exame dogmático.

Outra importante escola que colaborou com o estudo da criminologia foi a Escola de Marburgo ou Jovem Escola Alemã de Política Criminal, a qual teve como representante de suas ideias F. von Liszt, juntamente com Prins e Van Hamel, onde ressaltaram a necessidade de investigações sociológicas e antropológicas, com base na investigação científica do crime, de suas causas e dos meios para combatê-lo. Foi Liszt que propugnou uma concepção finalista da pena com influência do pensamento evolucionista.

O Programa de Marburgo de Liszt (1872) foi essencial no âmbito da Política Criminal e a sua teoria criminológica desenvolvida, deu importância a predisposição individual do delincente, assim como afirmou que “o delito é o resultado da idiosincrasia do infrator no momento do fato e das circunstâncias externas que lhe rodeiam nesse preço instante”. (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2006, p. 154).

Não menos importante foi a Escola ou Movimento da Defesa Social, a qual não abraçou nenhuma teoria, não é uma escola propriamente dita, mas uma filosofia penal, um modo de política criminal. Esse movimento surgiu na época do Iluminismo sendo posteriormente articulado como modo de defesa da sociedade mediante a ação integrada do Direito Penal, Criminologia e da Ciência Penitenciária, com fins humanitários.

As metas desejadas pelos representantes do Movimento de Defesa Social, Gramatica e Mark Ancel, não era castigar o delinquente, mas proteger a sociedade, de forma que não fosse utilizado unicamente o direito penal para isso, partindo do conhecimento da personalidade do indivíduo, neutralizando sua periculosidade de modo humanitário e singular. Por isso, esse movimento segue com a finalidade ressocializadora da pena, protegendo a sociedade e transmitindo uma imagem do delinquente como membro da sociedade, devendo ser reincorporado nela.

O pensamento do francês Gabriel Tarde (1843-1904) foi interessante para o estudo preliminar da sociologia criminal. Qualificado como psicossociológico, antecipou muitas das teorias posteriormente desenvolvidas, criticando e enfrentando a escola positivista e postulando por uma teoria da criminalidade com ênfase nos fatores sociais. Mencionava que os “fatores físicos e biológicos podem ter alguma incidência na gênese do comportamento delitivo, porém, nunca a decisiva que tem o meio social”. (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2006, p. 155).

Para ele, o delinquente é um tipo profissional, que precisa de um período de aprendizagem, assim como os diversos profissionais que estudam ao longo do tempo, em um meio específico, com técnicas de intercomunicação e convivência com os demais indivíduos.

Uma frase de Tarde expressa muito bem essa teoria da aprendizagem, como crítica ao positivismo antropológico: “todo mundo é culpável, exceto o criminoso”. (apud GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2006, p.155).

O meio social influi de modo mais eficaz no comportamento delitivo, espalhando suas ideias, do que a hereditariedade, o clima, as enfermidades ou a epilepsia. Outro estudo de Tarde também manteve destaque, chamado de “as leis da imitação”, o qual o delito, como qualquer outro comportamento social, começa sendo moda, transformando-se em costume e depois, imitação.

Apesar de ter consciência do efeito preventivo da pena, Tarde era adepto da pena de morte e contra o sistema de jurados no ordenamento jurídico, pois faltava preparação

científica para os jurados tomarem decisões inteligentes e por ser a justiça mais técnica e profissionalizada. Já a responsabilidade penal do delinquente tem uma dupla exigência: a identidade pessoal do indivíduo e a similitude social, ou seja, a adaptação do indivíduo ao seu grupo, o que, sem isso, não seria possível a aplicação da pena. Sua teoria da pena tem uma base psicológica e, a seu ver, uma equipe de médicos e psicólogos deveria decidir sobre a responsabilidade do infrator, na administração penal.

Pela visão da política criminal, considerando que o delinquente é um profissional, Tarde sustenta que:

[...] a criminalidade é, então, uma *indústria especial* exercida por uma determinada classe de indivíduos que produzem delitos de acordo com as leis gerais do mercado. O aumento ou a diminuição da produção (delinqüência) será regida pelas mesmas normas da economia geral e do concreto mercado ao que pertence essa indústria ou atividade em particular. (apud GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2006, p. 156) (grifo do autor).

2.3 Modelos Teóricos da Sociologia Criminal: Criminologia Moderna

Com o movimento das escolas criminológicas, surgiram nesse âmbito algumas orientações e diversas teorias acerca do problema da criminalidade. As direções doutrinárias que se formaram com o estudo das escolas são três, biológicas, psicológicas e sociológicas.

As primeiras tendências que explicam o comportamento criminal cuidam do homem delinquente, localizando e identificando os problemas com seu corpo ou seu funcionamento, onde a conduta delitiva é entendida como consequência de uma patologia, disfunção ou transtorno orgânico do ser humano.

Diversas são as especialidades no contexto científico que a explicam, como a própria antropologia, já vista, biotipologia, endocrinologia, genética, neurofisiologia, bioquímica e demais. As de ordem psicológicas tentam explicar o comportamento delitivo no próprio interior do homem, seu mundo anímico, seus processos psíquicos anormais bem como nas experiências de seu subconsciente que só podem ser captadas através da psicanálise. Ainda,

acreditam que o comportamento delitivo em sua gênese, estrutura e dinâmica tem características idênticas e se impulsionam pelos mesmos fatores do comportamento não delitivo.

Quanto às orientações sociológicas, esta atribui o fato delitivo como um “fenômeno social”, aplicando diversos marcos teóricos diferentes de tudo que já foi estudado. É a partir da sociologia criminal que se deixa de lado o paradigma etiológico, que busca as causas do delito, se deslocando para a teoria da criminalização, buscando os fatores e variáveis que decidem o curso seletivo e discriminatório dos processos de criminalização.

Podemos agrupar duas visões principais da macrosociologia, influentes no pensamento criminológico, uma funcionalista, denominada de teorias da integração ou do consenso, e outra visão argumentativa chamada de teorias do conflito. Para as teorias consensuais, a finalidade da sociedade é atingida quando há um perfeito funcionamento das suas instituições de forma que os indivíduos aceitem as regras vigentes e compartilhem as regras sociais.

Já para a teoria do conflito, a ordem da sociedade é fundada na força e coerção, na dominação de uns sujeitos sobre outros, ignorando-se qualquer tipo de acordo entre os cidadãos. A Escola de Chicago, teoria da Associação Diferencial, teoria da Anomia, e a teoria da Subcultura Delinvente são exemplos de teorias do consenso. As teorias do *Labeling Approach* e crítica partem para uma visão conflitiva da realidade, onde o conflito que garante a manutenção do sistema e que promove as alterações necessárias para seu desenvolvimento.

2.3.1 Escola de Chicago (Teoria Ecológica)

São diversas as formulações teóricas que serão estudadas. Começamos pela Escola de Chicago (teoria ecológica ou da desorganização social) que é o ponto de partida da sociologia americana em 1890. John Rockefeller apoiou a criação da escola, que estava ligada diretamente ao Departamento de Sociologia da Universidade de Chicago, dando o pontapé inicial, juntamente com Harper, que foi o primeiro presidente da fundação, surgindo demais sucessores posteriormente.

A teoria Ecológica, que foi representada inicialmente por jornalistas, professores e sociólogos, caracterizou-se por seu empirismo e por sua finalidade pragmática, isto é, “pelo emprego da observação direta em todas as investigações (da observação dos fatos são induzidas as oportunas teses) e pela finalidade prática a que se orientavam: um diagnóstico confiável sobre os urgentes problemas sociais da realidade norte-americana de seu tempo”. (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2006, p. 258).

Pode-se dizer que referida escola pregava a “sociologia da grande cidade” com a análise do desenvolvimento urbano, da civilização industrial e a morfologia da criminalidade nesse meio:

Atenta ao impacto da mudança social, especialmente evidente nas grandes cidades norte-americanas (industrialização, (i)migração, conflitos culturais etc.), e interessada pelos grupos e culturas minoritários, conflitivos, soube aprofundar-se no coração da grande urbe, conhecer e compreender “desde dentro” o mundo dos desviados, suas formas de vida e cosmovisões, analisando os mecanismos de aprendizagem e transmissão das referidas culturas “desviadas” [...]. (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2006, p. 258).

Com o nascimento da escola de Chicago, surgiu a teoria ecológica, representada por diversos doutrinadores, como Park, Burgess, Mckenzie, Thrasher, Shaw e McKay. Para eles, é a grande cidade uma unidade ecológica, sendo paralelo os processos de criação de novos centros urbanos e sua criminalidade, denominada criminalidade urbana. Dessa forma, a cidade produz delinquência e dentro de certas áreas da cidade essa produção é muito concentrada.

Assim, para a teoria ecológica a grande cidade tem efeito criminógeno, tendo em vista a debilidade do controle social nas zonas de concentração da delinquência. Algumas circunstâncias influem essas áreas, criando um meio desorganizado e criminógeno, como o desgaste da instituição familiar, as relações interpessoais cada vez mais superficiais, crise nos valores tradicionais e familiares e o enfraquecimento do controle social.

Visto isso, o esquema ecológico assumido pelos seus representantes sustentou que “o crime é produto da ‘desorganização’ própria da grande cidade, na qual se ‘debilita’ o controle social e se deterioram as relações humanas, propagando-se um clima de vício e corrupção ‘contagioso’”. (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2006, p. 259).

A ideia da desorganização social ocupou lugar muito especial na teoria ecológica, chamando a atenção para o impacto criminógeno do desenvolvimento urbano, observando os fatores que desencadeiam a delinquência nos grandes núcleos. Também a teoria da escola de Chicago foi censurada, pois agravou a força atrativa dessas áreas delitivas, atribuindo um papel que realmente não empenhavam. Essas áreas atraem a criminalidade, mas não a produzem.

Essa análise foi gradualmente sendo substituída, pelo estudo das “áreas sociais” e por métodos estatísticos multivariados, os quais relacionavam a estrutura interna das cidades com as mudanças globais ocorridas na sociedade, através de três fatores, o nível social, a urbanização e o isolamento. Os métodos estatísticos atuam com diversas variáveis independentes nos índices da criminalidade e análise fatorial para constatar a interdependência entre as mesmas.

Também, a partir de uma importante obra de Newman – *Defensible Space* – as investigações ecológicas passaram a prevenir o delito através do desenho arquitetônico do espaço urbano e buscam uma correlação entre determinados lugares da cidade e as manifestações delitivas:

[...] a moderna teoria ecológica opera com um conceito mais dinâmico, aberto e complexo de área, bairro ou comunidade e dos fenômenos que acontecem em seu seio. Hoje, assume que não se trata de espaços fechados, isolados e auto-suficientes. Que, desde logo, contam com sua *organização*, mas que a criminalidade, seus índices e transmissão não dependem tanto dos grupos humanos que os habitam como das mudanças estruturais e fenômenos externos que influenciam decisivamente tais âmbitos ecológicos. (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2006, p. 261).

Outro aspecto importante na escola de Chicago é a chamada Psicologia Comunitária, que surgiu na década de 60, estimulando as ações das instituições mediadoras entre a vida privada do cidadão e a esfera pública, propondo um novo conceito de intervenção, seu objeto, os destinatários e as técnicas utilizadas. Assim, sugere uma reestruturação da vida urbana e de determinados centros sociais, familiares e comunitários, os quais são importantes na socialização do indivíduo e a participação do mesmo na comunidade.

2.3.2 Teoria Estrutural-Funcionalista (da Anomia e da Criminalidade)

A teoria estrutural-funcionalista da anomia e da criminalidade foi introduzida por obras clássicas de Emile Durkheim (1858 – 1917) e posteriormente desenvolvida por Robert Merton, marcando a etapa da nova orientação sociológica da criminologia moderna. Seus postulados pregam a nova orientação sociológica a partir da normalidade e funcionalidade do crime. O crime é normal porque não tem origem patológica individual e nem social, mas no regular e normal desenvolvimento funcional da ordem social.

A teoria da anomia e da criminalidade aposta em uma direção alternativa, afirmando que o desvio causado não deve ser atribuído em fatores bioantropológicos e naturais, nem em fatores de ordem patológica da estrutura social. O desvio, o crime, é um fenômeno natural de toda sociedade, onde somente quando se ultrapassa o limite determinado, é que o desvio se torna prejudicial e acaba por desorganizar a estrutura social e todo o sistema de regras de conduta, perdendo seu devido valor. Ao contrário do que se pensa, o comportamento desviante é necessário e útil para o equilíbrio e desenvolvimento sociocultural.

O fenômeno criminal é encontrado em todos os tipos de sociedades e está ligado às condições da vida coletiva, onde “o delito é não só um ‘fenômeno inevitável, embora repugnante, devido à irredutível maldade humana’, mas também ‘uma parte integrante de toda sociedade sã’”. (DURKHEIM apud BARATTA, 2002, p.60).

Na teoria da anomia, Durkheim parte do pressuposto que a existência da delinquência é inevitável e, consegue extrair duas consequências: não há como extinguir a conduta irregular desde o momento em que a conduta social é denominada de conduta regrada, ou seja, regulada por normas e, que as condutas desviantes estão determinadas pelo tipo social e seu estado de desenvolvimento.

Não há como separar duas formas que se completam, duas faces de uma moeda, pois elas têm uma interdependência, uma não existe sem a outra. Então, se existe uma conduta regrada pelas normas, a conduta irregular também faz parte da estrutura social e, por ela deve ser analisada, e não pelas anomalias do indivíduo. E como o delito é um comportamento normal, também é cometido por qualquer pessoa, não importando o nível social e em qualquer modelo de sociedade.

Por isso, Durkheim não tinha mais a visão do delinquente como “ser radicalmente anti-social, como uma espécie de elemento parasitário, de corpo estranho e inassimilável, introduzido no seio da sociedade”, mas, principalmente, como ‘um agente regulador da vida social’”. (BARATTA, 2002, p. 61).

Uma sociedade sem delitos seria uma sociedade primitiva, pouco desenvolvida. Por isso, o crime tem uma função inovadora e integradora, devendo ser visto como produto do normal funcionamento da sociedade, assim como o delinquente, que não é um sujeito patológico ou antissocial, mas um fator do desenvolvimento regular da vida social. Ademais, o delito atinge os sentimentos coletivos, não é um fator individual, de cada sujeito, porque o transgressor infringe o que a sociedade impõe, aquilo que é considerado como bom e correto.

O modelo europeu da teoria da anomia de Durkheim foi transformado pela sociologia norte-americana, em 1938, através de Robert Merton, que também criticava com as concepções patológicas do desvio e às visões do mundo tidas como anárquicas na sociedade. Converteu a teoria da anomia em teoria da criminalidade, para explicar o comportamento desviado e, ampliou a concepção de anomia, não sendo apenas a perda da efetividade das normas e valores vigentes em uma sociedade (Durkheim), mas também a expressão do vazio que se produz quando os meios socioestruturais existentes não conseguem satisfazer as expectativas culturais da sociedade.

A conduta irregular para Merton, era o sintoma da discordância entre as expectativas culturais que existiam e os caminhos oferecidos pela estrutura social, para satisfação das primeiras. Por isso, aqueles que não alcançavam as oportunidades que eram oferecidas, através dos meios legítimos, eram pressionados demasiadamente, para que cometessem condutas irregulares com a finalidade de alcançar essas metas determinadas, para se elevarem aos níveis de bem estar desejados.

Assim havia uma desproporção entre os fins culturais e os meios legítimos à disposição dos indivíduos, que restava na origem do comportamento delitivo e que não era considerado anormal, mas necessária na estrutura social.

Como a estrutura social não proporciona um comportamento ao mesmo tempo, a todos os indivíduos, na mesma medida, conforme as normas e valores, essa possibilidade varia, conforme a posição que os membros da sociedade ocupam. Por isso cria uma tensão existente entre as estruturas, cultural e social, forçando o indivíduo a escolher entre as vias que existem, sendo cinco modelos de adequação individual: conformidade, inovação, ritualismo, apatia e

rebelião, onde com exceção da primeira, todas as outras constituem meios delitivos, para chegar aos fins almejados.

Enfim, para Merton, a anomia é “aquela crise da estrutura cultural, que se verifica especialmente quando ocorre uma forte discrepância entre normas e fins culturais, por um lado, e as possibilidades socialmente estruturadas de agir em conformidade com aquelas, por outro lado”. (BARATTA, 2002, p. 63).

2.3.3 Teoria da Associação Diferencial

A teoria da associação diferencial foi formulada por Edwin Sutherland (1883-1950), na década de 30, seguindo posteriormente com Cressey. Seu estudo é originário das formulações de Gabriel Tarde, bem como de seu primeiro contato com a criminologia em 1906, a partir da Escola de Chicago. Foi Sutherland que propagou a expressão *White-Collar crime* (crime de colarinho branco), para identificar os autores de crimes diferenciados que, apresentavam uma disparidade de características com os criminosos ditos “comuns”.

Sutherland, em suas investigações sobre os crimes de colarinho branco, criminalidade econômica e profissional e os níveis de inteligência do delinquente, concluiu que “o crime não pode ser definido simplesmente como disfunção ou inadaptação de pessoas de classes menos favorecidas, não sendo ele exclusivamente destas”. (SHECAIRA, 2004, p. 193).

Ainda que tenha uma influência da desorganização social (postulado da Escola de Chicago), a teoria da associação diferencial supera essa ideia e admite uma organização social diferencial e a aprendizagem dos valores criminais. Ao contrário do positivismo, que tinha seus estudos centrados num perfil biológico do delinquente, a presente teoria traz uma perspectiva social, sendo que o indivíduo aprende a conduta desviada e associa-se com referência nela, não nasce criminoso. A delinquência é o resultado de uma socialização incorreta.

Entende-se como organização social diferencial aquela comunidade onde existem diversas associações estruturadas, com distintos interesses e objetivos. Esses interesses em comum se comunicam com os demais membros gerando o vínculo de união que integra os indivíduos pertencentes aos grupos e subgrupos. E como toda organização social, sempre há

divergências, das quais resultam que qualquer um dos grupos concorde com os modelos de conduta delitivos. Assim, a teoria parte do princípio de aprendizagem mediante associações em uma sociedade pluralista e conflitiva.

Sutherland sustenta que o comportamento delitivo é aprendido através de processos de interação e comunicação e que, os valores dominantes no âmbito dos grupos ensinam a delinquir. Com base nesse processo pelo qual o indivíduo é levado a praticar crimes, são elencadas nove afirmações pela teoria da associação diferencial:

1. O comportamento criminal é um comportamento aprendido, aprende-se a delinquir assim como se aprende o comportamento bom, de prestígio ou qualquer atividade [...].
2. Esta conduta criminal é aprendida através da interação com as pessoas, resultando num processo de comunicação [...].
3. A parte decisiva do processo de aprendizagem ocorre no seio das relações sociais mais íntimas, ou seja, familiares e pessoas do seu meio, onde a influência criminógena depende do grau de proximidade desse contato entre as pessoas [...].
4. Quando o comportamento criminal é aprendido, inclui a técnica de cometimento de delitos, bem como a orientação específica das correspondentes motivações, impulsos, atitudes e da própria justificação da conduta delitiva [...].
5. A direção específica dos motivos e dos impulsos se aprende com as definições favoráveis ou desfavoráveis aos preceitos legais, sendo que nas sociedades diferenciadas, nunca é uniforme a resposta aos códigos legais, gerando um conflito de valores que é inerente ao sistema, produzindo conflitos culturais em relação àqueles preceitos [...].
6. O indivíduo se converte em delinqüente quando as definições favoráveis à violação da lei superam as definições desfavoráveis, de modo que, os princípios do processo de associação pelo qual se desenvolve o comportamento criminoso e o comportamento legal são os mesmos, apenas diferem nos conteúdos. Esse processo de interação chama-se associação diferencial [...].
7. As associações diferenciais podem variar conforme a frequência, duração, prioridade e intensidade [...].
8. O conflito cultural é a causa fundamental da associação e, do comportamento criminoso sistemático, pois a sociedade se compõe de vários grupos com culturas distintas, onde a cultura criminosa é tão real como a cultura legal, prevalecendo em muitas ocasiões [...].
9. A desorganização social é a causa básica do comportamento criminoso sistemático, como a perda de suas raízes, a falta de controle social informal sobre as pessoas, fazendo com que elas se inclinem à prática de delitos. (SHECAIRA, 2004, p. 194-197).

A partir dessas formulações, Sutherland passou a operar com um novo conceito, mais específico e destinado para aquelas pessoas que, por determinadas características, não se esperava que viessem a cometer delitos. Por isso surge uma nova categoria de criminosos chamada de criminosos do colarinho branco, ou seja, é aquele crime cometido no âmbito da sua profissão, por uma pessoa respeitável e de elevado estatuto social.

Alguns aspectos se destacam nessa modalidade de crime:

O crime de colarinho-branco é um crime. E o é porque suas conseqüências são tão gravosas como quaisquer condutas criminais. Algumas vezes é até mais gravosas. Ademais, é cometido por pessoas respeitáveis. Com elevado estatuto social. Ele é praticado no exercício da sua profissão, o que evidentemente exclui todos os demais crimes que, embora realizados por aqueles agentes acima nomeados, relacionam-se com sua vida privada. Ocorre, em regra, com uma violação de confiança. (SHECAIRA, 2004, p. 198).

Os crimes de colarinho branco não se justificam pela pobreza, assim como é difícil constatá-los, pois a cifra negra é alta e ainda tem a proteção das autoridades governamentais que ocultam alguns fatos. Esses crimes geralmente não trazem conseqüências diretas para a comunidade, eis que raramente vêm à tona. Importante mencionar que, uma vez que esses crimes são praticados por pessoas bem sucedidas, não podem mais identificá-los como uma anormalidade, prejudicando assim a ideia pela qual somente os desfavorecidos eram autores de crimes, levando em conta a pobreza e falta de inserção social.

2.3.4 Teoria das Subculturas Criminais

As teorias das subculturas criminais surgiram nos anos 50, com o intuito de resolver o problema que existia em relação a certos grupos marginalizados, localizados principalmente nos Estados Unidos, como minorias étnicas, políticas, raciais, entre outras. As teorias regem-se por três elementos fundamentais, ou seja, o caráter pluralista da ordem social, a cobertura da conduta desviada e a semelhança na estrutura do comportamento regular e irregular.

A ordem social na teoria das subculturas é uma reunião de grupos e subgrupos conflitivos, sendo que cada um desses grupos ou subgrupos possui seu próprio código de valores que muitas vezes não corroboram com os valores oficiais, de forma que todos os membros dessas unidades tratam de fazê-los valer frente aos demais, ocupando o espaço social.

Sobre a conduta delitativa, ao contrário das teses ecológicas, seriam reflexos e expressões de outros sistemas de normas e de valores: os subculturais. “A constituição de subculturas criminais representa, portanto, a reação de minorias desfavorecidas e a tentativa,

por parte delas, de se orientarem dentro da sociedade, não obstante as reduzidas possibilidades legítimas de agir, de que dispõem”. (BARATTA, 2002, p. 70).

Desse modo, a conduta regular e a conduta desviada presente no Direito, são definidas em conformidade com os sistemas de normas e valores oficiais e subculturais, que são interiorizados nos indivíduos pertencentes a esses grupos, os valores da cultura ou subcultura a qual pertencem. Esses valores se interiorizam, do mesmo modo e pelos mesmos mecanismos de aprendizagem e socialização, tanto da conduta normal, como da conduta irregular.

O conceito de subcultura advém da existência de uma sociedade pluralista, com diversos sistemas de valores divergentes, pois:

[...] 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 específicas 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”. (BARATTA, 2002, p. 74).

Para as teorias subculturais não interessa tanto a estrutura interna dos grupos e organizações, mas a origem deles, que estão ligados aos problemas da estratificação social, da mesma forma que não são algumas áreas desorganizadas que geram a criminalidade das baixas classes sociais que ali vivem, mas as subculturas nascem do acesso limitado dessas classes sociais oprimidas, que não conseguem alcançar seus objetivos, que pertencem à classe média, partindo para meios alternativos.

Outra questão relevante é que o sujeito não tem à sua disposição a livre escolha do sistema de valores ao qual prefere aderir. Essa escolha já é imposta através das condições sociais do mesmo, estruturas e mecanismos de comunicação e aprendizagem, que classificam em qual sistema ou subcultura, ele está caracterizado.

Essas concepções subculturais se deram através dos estudos de importantes representantes, como Albert Cohen (*Delinquent boys*), Whyte (*Street corner society*), Richard A. Cloward e L. E. Ohlin. Cohen analisa a subcultura de bandos juvenis, onde “é descrita como um sistema de crenças e valores, cuja origem é extraída de um processo de interação

entre rapazes que, no interior da estrutura social, ocupam posições semelhantes”. (BARATTA, 2002, p. 73).

Com esse estudo, ficou provado que as áreas de maior concentração criminal não eram desorganizadas e que não careciam de normas, de controles sociais. São áreas onde vigoravam normas distintas das oficiais, em perfeito estado de funcionamento. Os índices da criminalidade sempre foram elevados nessas zonas, nesses bairros pobres (*slum*), de maneira que Cohen verificou que o delito reflete como um protesto contra as normas das classes altas da cultura. Os jovens das classes baixas são propensos aos conflitos e frustrações porque se acham em desvantagem ao sistema de valores, se sentem atraídos aos modelos da classe média.

As investigações de Cohen afirmaram que a subcultura delinquente se caracteriza por três fatores: não utilitarismo da ação, malícia da conduta e seu negativismo. Muito dos atos de transgressão não tem utilidade alguma, não tem um fim racional, uma motivação pelo grupo delinquente, apenas por puro prazer e obtenção de *status*, cometem delitos. A intencionalidade também está presente nesses atos. O dolo, a vontade de atingir metas proibidas e se satisfazerem com o desconforto alheio. Já o negativismo, se apresenta como um rechaço aos valores correlativos da classe dominante, para que os meios de controle os reconheçam como tais.

Esses delinquentes juvenis resolvem “sua ‘frustração de *status*’ enfrentando de forma aberta os padrões da sociedade oficial, porque a subcultura criminal não ‘pactua’ nem tolera ambigüidades e, ademais, precisamente referida rebeldia confere-lhes prestígio”. (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2006, p. 272).

Também, não se pode esquecer o processo psicológico que explica as características da delinquência subcultural, denominada de técnicas de neutralização, desenvolvida por Gresham M. Sykes e David Matza, os quais rejeitam as teorias anteriormente estudadas, as quais aduziam que os grupos de delinquentes criam seu próprio código moral deixando de lado o código moral social imposto pela sociedade. Trata-se de uma correção acerca das teorias já analisadas, as quais afirmavam que um indivíduo se transforma em delinquente através das formas de aprendizagem interiorizadas, como os valores, atitudes e técnicas vividas por eles em seu grupo.

Pela teoria das técnicas de neutralização, as pessoas que cometem delitos, neutralizam temporariamente aqueles valores éticos pertencentes a cada indivíduo que normalmente os

impediriam de cometer esses atos. O infrator “desliga” a censura que existe em si, para praticar o crime, sendo que o mesmo sempre está ciente de suas obrigações com a lei e de evitar atos ilegítimos.

O mecanismo psicológico de neutralização faz com que o delinquente retenha seus valores morais neutralizando e racionalizando o comportamento desviante. Essas técnicas de neutralização são mecanismos de defesa do infrator, o qual autojustifica e legitima a sua conduta, extraindo seu complexo de culpa quanto ao crime.

Com a análise desses grupos de jovens, ficou constatado que esse comportamento desviante é considerado de uma forma válida pelo delinquente, mas não pelos sistemas oficiais:

[...] o jovem delinqüente “reconhece”, pelo menos em parte, a ordem social dominante, na medida em que manifesta sentimento de culpa ou de vergonha quando viola as normas de tal ordem, mostra frequentemente admiração por pessoas respeitosas da lei e distingue entre fins adequados e inadequados para o próprio comportamento desviante. (BARATTA, 2002, p. 78).

Desse modo, com a observação desses elementos específicos, podem-se classificar as principais técnicas de neutralização utilizadas pelo delinquente: a exclusão da responsabilidade do autor (ele foi a vítima das circunstâncias do sistema); negação da ilicitude (suas ações não causam danos, apenas são proibidas); negação de vitimização (a vítima merece sofrer a ação); condenação dos que condenam (as instâncias de controle social, os que condenam, transferem a sua culpa para os delinquentes); apelo a instâncias superiores (a ação praticada pelo delinquente foi por um “bem maior”) e as consequências irão justificar o ato, a longo prazo, em razão da solidariedade ao seu grupo social e seus amigos.

As técnicas de neutralização, não são uma alternativa teórica em relação às teorias das subculturas, mas uma correção, uma integração delas. A partir desse pensamento, pode-se afirmar que a reação negativa em face da classe média e não apenas em cima de um sistema de valores, faz parte do conteúdo das subculturas dos grupos jovens.

O estudo das justificações do comportamento desviante é um elemento importante das reações negativas, bem como os elementos constitutivos para a formação de uma subcultura, a qual é a “mais difusa e a mais eficaz das técnicas 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, p. 81).

Muitas críticas acerca das diversas teorias surgiram, em especial, com a teoria das subculturas criminais, pois tanto elas como as teorias estruturais funcionalistas não explicam o problema das relações sociais e econômicas das quais a lei e os mecanismos de criminalização e de estigmatização se fundam, bem como não conseguem explicar a criminalidade e seus sujeitos criminalizados. Não justificam a delinquência que é produzida e os comportamentos regulares encontrados nas sociedades, pois parece que apenas selecionam um tipo de criminalidade generalizando para as demais e transferindo algumas características que talvez não lhe fossem aplicáveis.

Baratta menciona que “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”. (2002, p. 82).

Deste modo, estas teorias se caracterizam como teorias criminológicas de médio alcance, pois analisam apenas determinados setores do fenômeno da criminalização e da pena, permanecendo assim, apenas nos limites do setor examinado, ou seja, com mecanismos tradicionais, não ampliando para o horizonte de mecanismos alternativos que surgem para combater o crime.

“O jovem delinquente não é um estranho no corpo social, senão um reflexo ou caricatura inquietante deste”. (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2006, p. 272).

2.4 Alternativa às Teorias Sociológicas Criminais: O *Labeling Approach* como Ruptura no Paradigma das Teorias Tradicionais – Criminologia Crítica

A Criminologia Crítica trata de uma questão díspar da Criminologia Tradicional, onde questiona toda a ordem social, sua legitimidade, demonstrando atenção às minorias desviadas, excluídas e principalmente, ataca o fundamento moral do castigo, pois culpável é a sociedade, propagando a não intervenção punitiva do Estado.

Esta nova criminologia parte de três postulados bem distintos que contam com o apoio científico - a intrínseca nocividade da intervenção penal, a maior complexidade do mecanismo dissuasório e a possibilidade de ampliar o âmbito da intervenção, antes circunscrita ao infrator potencial, incidindo em outros elementos presentes no âmbito criminal:

Hoje parece obvio reservar a “pena” a casos de estrita necessidade, porque uma intervenção desta natureza (penal) é sempre traumática, cirúrgica e negativa para todos, por seus efeitos e elevado custo social. Em razão da falta de outros instrumentos, a pena pode ser imprescindível, porém, não é uma estratégia racional para resolver conflitos sociais: não soluciona nada. De fato, os acentua e potencializa, estigmatiza o infrator, desencadeia a sua “carreira criminal”, consolidando seu status de “desviado” (desviação secundária) e faz que se cumpram fatalmente as sempre pessimistas expectativas sociais a respeito do comportamento futuro do ex-punido. (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2006, p. 118).

Esse modelo crítico, que questiona o concreto funcionamento do sistema e se preocupa com a reação social, amplia o campo de investigação, para abranger as instâncias formais de controle como fator criminógeno, fazendo um estudo detalhado com os objetos tradicionais da criminologia juntamente com a política criminal, transformando em programas estratégicos adequados ao controle e prevenção da criminalidade.

Essa nova criminologia se deslocou para o estudo do processo de criminalização “identificando nele um dos maiores nós teóricos e práticos das relações sociais de desigualdades próprias da sociedade capitalista, e perseguindo, como um de seus objetivos principais, estender ao campo do direito penal, de modo rigoroso, a crítica do direito desigual”. (BARATTA, 2002, p. 197).

A principal teoria criminológica presente nesse novo paradigma é a Teoria do *Labeling Approach* (rotulação social ou etiquetamento), da qual surgem movimentos políticos criminais, além dos movimentos punitivistas. Esse movimento criminológico iniciou-se nos anos 60, marcando a criminologia de cunho crítico e, as chamadas teorias do conflito, abandonando o paradigma etiológico, de modelo monolítico, por um paradigma de reação social, de modelo democrático.

A teoria da reação social ou interacionista, como também é chamada, surge após a ruptura econômico-política naquela década, bem como ao rechaço às leis penais, que deveriam conter e controlar as condutas problemáticas, mas ao contrário, ao tentar reprimir os movimentos sociais, transformava pessoas comuns em criminosos.

O *labeling approach* tem o controle social como seu principal objeto de estudo - o sistema penal e o fenômeno do controle - pois a criminalidade é criada através dos agentes do controle social formal que estão a serviço de uma sociedade desigual.

Baratta explica a direção que toma esse novo modelo crítico da criminalidade:

[...] 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 do delinquente 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. (2002, p.86).

Ademais, é a partir da teoria da reação social que a pergunta feita pelos seus defensores muda de sentido. Não se pergunta mais, como os criminólogos tradicionais, o porquê de o criminoso cometer crimes e quem é ele. Passa-se a indagar, por que é que algumas pessoas são tratadas como criminosos? Quem é definido como desviante? Quais as consequências desse tratamento e qual a fonte de sua legitimidade? Portanto, quem define quem?

Estas perguntas conduziram a duas direções: ao estudo da formação da identidade desviante e do desvio secundário. Ainda, se preocupa com a constituição do desvio como qualidade atribuída, o problema da distribuição do poder de definição, e de quem detêm esse poder. Becker já aponta uma resposta quando afirma que “a sociedade separa e cataloga os múltiplos pormenores das condutas a que assiste”. (apud SHECAIRA, 2004, p. 295).

Quanto à orientação a que segue o *labeling approach*, pode-se dizer que segue duas correntes da sociologia americana, ou seja, o interacionismo simbólico de George H. Mead e, a etnometodologia de Alfred Schutz. De acordo com o interacionismo simbólico, a realidade social é constituída por uma imensidade de interações concretas entre as pessoas. Pela etnometodologia entende-se que a sociedade não é uma realidade que pode ser conhecida sobre o plano objetivo, mas produto da construção social, através de um processo de definição e atribuição por parte dos grupos diversos. Os conceitos que o indivíduo tem de si mesmo, da sociedade e da situação que nela ostenta, é imprescindível para chegar ao significado da conduta desviante.

A teoria da reação social juntou os estudos das teorias da aprendizagem e do controle social, deslocando o problema criminológico do plano da ação, para o da reação, incidindo quase totalmente na desviação secundária, ou seja, delinquência resultante do processo causal desencadeado pela estigmatização. A desviação primária seria a consequência advinda das variedades sociais, culturais, econômicas, psicológicas e raciais, onde o desviado sofre apenas uma marginalização.

Essa conduta desviante é originada pela sociedade, que dita as regras, cuja infração constitui desviação. Seguindo essa linha de raciocínio, a desviação é a consequência da aplicação pelas instituições de controle social, dessas regras e sanções para o delinquente.

O desviante é alguém a quem foi atribuído o rótulo social de criminoso, assim como as condutas desviantes são aquelas que algumas pessoas da sociedade aplicam como rótulo àquele que comete um ato ilícito. “A conduta desviante é o resultado de uma reação social e o delinquente apenas se distingue do homem comum devido à estigmatização que sofre”. (SHECAIRA, 2004, p. 293).

Quem tem esse poder de aplicar essas regras, ou seja, tem o poder de definição, são as agências de controle social representadas pela esfera estatal, através do sistema penal (polícia, magistratura, administração penitenciária). É o controle social que cria a criminalidade, através dos processos de criminalização que são seletivos e discriminatórios, onde as pessoas ou instituições que definem o indivíduo como desviado, atribuem um status àquela pessoa, que passa a ser não aceita como membro da sociedade. Esse indivíduo rejeitado, na qualidade de desviado, demonstra o sucesso da aplicação da estigmatização por parte das instituições de controle social.

Assim, se observa que o comportamento que permite mandar alguém à prisão, é o mesmo que autoriza a qualificar uma pessoa como honesta, sendo a definição de desviação muito relativa, dependendo da carga valorativa do ato praticado, das circunstâncias em que se realiza e da apreciação da quem decide.

Dessa forma tem-se a química necessária para uma situação explosiva e para a quebra dos padrões tradicionais. Cometido o impulso desviante pelo agente, uma reação social virá como consequência e, a mais importante delas é a drástica mudança na identidade pessoal que o indivíduo tem diante da sociedade, pois surge um novo *status* para revelar o agente desviado, agora com o rótulo de criminoso, passando a sofrer tudo que se tem de referência estigmatizante e negativa desse *status*. O desviante passa a ser identificado através do rótulo

gerado, sendo que cada vez mais ele passará a se identificar e aproximar dos seus “iguais”, gerando o início de uma carreira criminal.

Cada vez mais fica nítida a real função das agências de controle social. A finalidade delas foi almejada com o intuito de proteger a sociedade e prevenir a delinquência, mas tem ocorrido ao contrário, alimentam as condutas desviantes, uma vez que seriam programadas para inibi-las. Operam assim, de modo a perpetuar a conduta desviante reunindo pessoas que estão à beira da sociedade, em grupos segregados, oportunizando a aprendizagem e habilidades dos comportamentos da carreira delinvente, provocando o uso dessas habilidades para reforçar a exclusão do resto do grupo social.

Outro aspecto das agências de controle são as cerimônias degradantes que os agentes desviados sofrem. “São os processos ritualizados a que se submetem os envolvidos com um processo criminal, em que o indivíduo é condenado e despojado da sua identidade, recebendo uma outra degradada”. (SHECAIRA, 2004, p. 298).

Muitas vezes o indivíduo sofre essa cerimônia degradante antes mesmo de uma condenação, como por exemplo, o sensacionalismo da mídia, que o apresenta já com o rótulo de criminoso. A Constituição Federal é muito clara em seu art. 5º, inciso LVII, onde afirma que ninguém é considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, bem como o agente transgressor não pode ser privado de sua vida, de sua liberdade, sem o devido processo legal.

Antes de uma condenação não se pode imputar a ele os termos que a mídia geralmente emprega, como criminoso, assassino, ladrão. Sua identidade deve ser preservada até o último instante, pois vige no ordenamento o princípio da presunção da inocência.

Quando submetido ao cárcere, o apenado passa a ser tratado de uma maneira padrão, sob uma autoridade única, passando a sofrer um processo degradativo, chamado de desculturamento, ou seja, sofre progressivamente uma série de rebaixamentos, humilhações e degradações pessoais. O apenado assume uma nova imagem de si mesmo, redefinindo sua personalidade conforme o papel de desviado, provocando a denominada desviação secundária.

Esse mecanismo inicia-se com o processo de recepção do condenado ao cárcere, sendo desculturado, em primeiro lugar com a perda do nome e atribuição de um número, um código que passará a ser sua nova identidade. Será privado de seus pertences pessoais e passa a vestir um uniforme padrão. Então, o desviado é medido, identificado, fotografado,

examinado por um médico e, finalmente, despido de sua identidade de origem para assumir a nova, de condenado. Além da deformação pessoal, o apenado passará também por uma perda da segurança pessoal, onde viverá um ritual diário do medo, sem ter sua integridade física garantida.

Dessa forma, o condenado é constantemente vigiado, tanto pelo sistema panóptico, de visibilidade total, quanto pelos sistemas atuais de controle através de câmeras de vigilância. Foucault explica a finalidade desse controle absoluto e permanente do agente desviado como meio de “induzir no detento um estado consciente e permanente de visibilidade que assegura o funcionamento automático do poder. [...] Os detentos se encontrem presos numa situação de poder de que eles mesmos são os portadores”. (2007, p.166).

Diante de todos os anos no cárcere, sob a visibilidade do sistema, quando chega o momento de sua saída da casa prisional, acontece o contrário: a invisibilidade. É difícil – diga-se quase impossível - a readaptação e o convívio em sociedade após o cumprimento da pena, pois o desviado, em sua permanência na instituição, foi socializado para viver na prisão e, não ressocializado para sair dela.

O indivíduo passa a ser um homem prisonizado, institucionalizado, pois é tido como inadaptável para o convívio em sociedade, por se identificar com a instituição a que foi recolhido, até mesmo por necessidade de sobrevivência, tudo isso devido a sua nova identidade, consequência do estigma da prisão.

A decorrência lógica da criminalização de condutas é desse modo, o surgimento de um processo estigmatizante para o condenado, pois a pena age como geradora de desigualdades, criando uma reação por parte da sociedade, gerando uma marginalização. A conduta desviada é levada para a esfera da reprovação estigmatizante, a qual é a função reprodutora do sistema do controle social.

A repressão punitiva, em especial a prisão, funciona como elemento de criminalização, gerando um processo em espiral onde são sugados os clientes do sistema penal. A criminalização primária produz rotulação, a consequência disso é a criminalização secundária, ou seja, a reincidência.

Shecaira afirma que o rótulo criminal “produz a assimilação de suas características pelas pessoas rotuladas, a geração de expectativas sociais de condutas correspondentes ao seu significado, a perpetuação do comportamento criminoso e a aproximação recíproca de indivíduos estigmatizados”. (2004, p. 301).

A conduta desviada cometida pelo indivíduo toma uma dimensão demasiada quando repercutida na sociedade, em face da pena e de seu efeito criminógeno, transformando-se em uma carreira delitiva permanente e irreversível.

Em síntese, a tese interacionista explica que o indivíduo se converte em criminoso porque determinadas instituições sociais etiquetaram-lhe como tal, tendo ele assumido um *status* de delinquente, que as ditas instituições (agências de controle social formal), distribuem de forma seletiva e discriminatória. Desse modo a teoria da reação social não é uma teoria da criminalidade (prática de atos definidos como crime), mas da criminalização (ação operada pelo sistema e sustentada pela sociedade, o etiquetamento), das desviações secundárias e das carreiras criminais.

“O indivíduo é sem dúvida o átomo fictício de uma representação ideológica da sociedade; mas também uma realidade fabricada por essa tecnologia específica de poder que se chama a disciplina”. (FOUCAULT, 2007, p. 161).

Portanto, de fundamental importância o estudo da criminologia que, não é um saber absoluto sobre o problema criminal, mas que está em constante mutação, com o tempo e progresso nos estudos criminais.

Com sua evolução, houve a ampliação de seu objeto de estudo, que começou pelo crime em si e o criminoso, com as escolas tradicionais. Após a moderna criminologia, seu objeto de estudo se estendeu ao estudo da vítima e das formas de controle social, onde a sociologia criminal definiu o crime como um fenômeno social, deslocando o enfoque do homem criminoso para o campo social, tanto dos mecanismos de definição e seleção de indivíduos quanto da sociedade excludente.

Dito isso, a prática de crimes não rotula nenhuma pessoa, pois não é a inclinação negativa pertencente aos delitos o fator que determina o estigma. São certos mecanismos e procedimentos sociais de definição e seleção que produzem os desviantes, sendo que não são todos que infringem a lei, que são delinquentes, mas sim, quem preenche esses requisitos e etiquetas, definidos pelas instâncias criminalizadoras.

3 DOS EFEITOS COLATERAIS DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

O que pôde ser entendido até o momento é que a decorrência lógica da criminalização de condutas e da persecução penal é o surgimento de um processo estigmatizante para o apenado, gerando desigualdades, criando reações, seja no âmbito familiar, no mercado de trabalho, na escola, bem como pela sociedade e suas agências de controle social.

O rótulo criminal faz com que cristalice as expectativas sociais de condutas correspondentes ao seu significado, eternizando o comportamento criminoso e fazendo com que as pessoas estigmatizadas se aproximem de forma recíproca. Após ingressar no sistema carcerário, todos os aspectos da vida do transgressor se desenvolvem naquele local, sob comando de uma única autoridade, onde todas as atividades diárias são realizadas na companhia de outras pessoas, estritamente programadas.

Ademais, o indivíduo encarcerado sofre vários processos gradativos, como de descultramento, onde é submetido a uma série de humilhações, rebaixamentos, degradações pessoais e físicas. Sofre tanta deformação pessoal, que chega a se perguntar se conseguirá se readaptar quando de sua saída da instituição, visto sua interação com o presídio ser tão ampla.

Salo de Carvalho, acerca do assunto, aponta que:

[...] a anamnese realizada pela criminologia evidencia, portanto, ser puramente retórico o discurso da reprodução igualitária da criminalização, pois apesar de estabelecidas universalmente (igualdade formal) as normas definidoras de ilícitos, a atuação das agências ocorre, invariavelmente, de forma seletiva (desigualdade material). (2008, p. 81).

O apenado está longe de ser ressocializado como almeja a Lei de Execução Penal em vigor – Lei n. 7.210 de 1984 -, mas está sendo socializado para viver na prisão. O tempo do homem preso é diferente daquele que vive fora da prisão, tendo falta de espaço para um excesso de tempo, condenando-se assim, os homens a uma condição imposta pela sociedade, à ociosidade.

Todos os fatores expostos até agora, revelam a única finalidade possível do cárcere, ou seja, da prisão: de despersonalizar o indivíduo, despojar a sua alma e projetar uma carreira negativa, impossível de reversão.

É muito difícil quebrar a inexorável consequência produzida pela marginalidade. Na teoria seria possível obstar a continuidade desses processos estigmatizantes, de modo que se todos os problemas sociais, culturais, existenciais e psicológicos fossem eliminados. Aí, se estaria diante de uma situação possível de impedir esses processos e cerimônias degradantes, mas em realidade utópico.

Ainda, há a distância social que cria uma redução de oportunidades para os indivíduos que se envolvem com o sistema da justiça criminal, pois ficam evidentes todas as marcas do processo, como a folha de antecedentes criminais, documentos indicativos de processos anteriores, que dificultam a reinserção social.

Após inúmeros estudos e evidências, fica claro que:

[...] as pessoas criminalizadas significam, em termos quantitativos, concentrada minoria em relação ao quadro geral dos delitos, sendo a condição de criminalizado definida a partir de variáveis relativas aos fatores de risco acerca do maior ou menor grau de vulnerabilidade do sujeito em adequar-se aos estereótipos que orientam a programação do sistema penal. (CARVALHO, 2008, p. 81-82).

É difícil viabilizar todos esses fatores para deixar de se intentar um processo estigmatizante e de seletividade, seja pelo custo altíssimo que se daria, como também pelo fato de que apenas com o fim da institucionalização seria possível acabar com os rótulos aplicados pelas agências de controle social.

Um meio de amenizar, por hora, todos esses problemas, seria reduzir a utilização do cárcere, proveniente de um processo penal condenatório com pena privativa de liberdade, por medidas alternativas à prisão. Para que se tenha essa diminuição das carreiras criminais, é necessária a criação de mecanismos que facilitem a transição entre a prisão fechada e a sociedade aberta, proporcionando condições ao egresso de ofertas de emprego, atividades remuneradas, entre outros.

Shecaira mostra que “aplicado esse receituário, poder-se-ia ter uma sensível redução desse processo em espiral diagnosticado pelo *Labeling* e que inevitavelmente leva à criminalização secundária, à reincidência e ao cometimento de novos crimes”. (2004, p. 308).

Na opinião majoritária dos doutrinadores, o direito penal se legitimaria porque protege interesses sociais, que são constituídos dos bens jurídicos mais relevantes. Para a teoria da reação social, não existe um conceito material de delito, sendo puramente “definitorial”, definida como tal pelas instituições que detêm esse poder de definição. Assim, não interessam as características ou a natureza da conduta, mas a etiqueta que certos processos sociais de definição conferem ao crime e ao seu agente.

Já a corrente da criminologia crítica marxista afirma que o princípio dos bens jurídicos e dos interesses gerais possui um caráter capitalista, por que:

[...] na origem dos processos de criminalização primária (criação da lei) e secundária (aplicação da lei) não contariam mais que os interesses dos grupos que detêm o poder. A Justiça penal é instrumento paradigmático a serviço da classe dominante. Seus órgãos (policiais, juízes, etc.) são “administradores” da criminalidade, pois não se organizam para lutar realmente contra o crime senão para “recrutar” a população desviada dentre as classes trabalhadoras, que constituem sua fonte natural. (BIANCHINI; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2007, p. 234).

Existem duas tendências no enfoque criminológico pela teoria do *labeling approach*, uma radical e outra moderada. A primeira intensifica a função constitutiva da criminalidade, que é atribuída às instâncias de controle social. A segunda, afirma que a justiça penal integra o processo do controle social geral da conduta desviada.

Seguindo o pensamento marxista, o direito penal que é capitalista não protege os bens jurídicos gerais, muito menos os valores éticos básicos, servindo apenas de instrumento para a classe privilegiada explorar as classes menos favorecidas e trabalhadoras. A atuação do controle social é altamente seletiva e discriminatória, em detrimento sempre das classes oprimidas, onde os juízes ou legisladores não apresentam ser neutros, pois a justiça apenas é um alibi para esconder a sua submissão aos interesses das classes dominantes.

Dessa forma, o direito penal, a criminologia e as políticas criminais evoluíram e experimentaram a forças de grandes movimentos antagônicos. De um lado, estes movimentos garantistas (leia-se também minimalistas) resultantes das teorias conflituais, sendo a principal

delas o *labeling approach*, que sustentam a progressiva racionalização e limitação do uso do direito de punir. De outro lado, aqueles movimentos punitivistas que acreditam no direito penal como instrumento supremo (mais alto grau) e eficaz de controle social.

Observando ambas as perspectivas, é certo afirmar que o direito penal não desaparecerá. Deveria interferir menos nos conflitos sociais, mas na prática não é isso que ocorre. “Na era da globalização usa-se o Direito penal cada vez com mais intensidade, como se fosse “panacéia” capaz de conter os conflitos sociais”. (BIANCHINI; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2007, p. 236).

3.1 A Execução Penal sob a Óptica Minimalista

Pode-se dizer que, a futura tendência seja no sentido de acelerar e aprofundar o processo de racionalização da intervenção penal, onde o direito penal é inclinado a se retirar dos pequenos conflitos e, “que se reserve a “cirurgia penal” – a maquinaria pesada do Estado – para os casos de particular gravidade, onde sua presença seja absolutamente imprescindível”. (BIANCHINI; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2007, p. 237).

Com a política criminal instaurou-se o conjunto dos procedimentos por meio do qual o corpo social organiza as respostas ao fenômeno criminal:

[...] chamam-se, de outro lado, processos político-criminais as vias, os caminhos, os instrumentos ou métodos pelos quais se concretizam os movimentos criminais (de criminalização ou descriminalização, de penalização ou despenalização, de desprisionização cautelar, de institucionalização ou desinstitucionalização e de diversificação). (BIANCHINI; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2007, p. 251).

As consequências da teoria do *labeling approach* podem ser definidas com base nesses processos que marcaram os movimentos políticos criminais, com a descriminalização de certas condutas, a diversificação, onde desvia o agente do delito do sistema estigmatizante, a despenalização, o devido processo legal, e a desinstitucionalização da pena.

Mas o principal legado criminológico da teoria em questão foi chamado de Direito Penal Mínimo ou minimalismo penal, como também é definido, onde prega a intervenção mínima do direito penal, com máximas garantias. Ferrajoli, Baratta, Zaffaroni e Hassemer são adeptos dessa corrente, que surgiu da necessidade de repensar o ordenamento penal no contexto de uma sociedade democrática, com o propósito de superar os conflitos e as tensões sociais.

Com a necessidade de um processo de modernização da legislação criminal, os minimalistas pensam que não apenas uma modernização, mas mais que isso, uma grande inspiração humanitária, para que as penas sejam previstas ou aplicadas apenas em último caso. Percebe-se assim que essa necessidade de modernização na legislação criminal está vinculada ao conceito e função atribuídos à pena.

É marcante no moderno direito penal de que todas as teorias da pena se acham em crise, ou seja, a própria pena de prisão, está numa “profunda crise, como menciona Cervini, ou deslegitimada, como cita Zaffaroni, ou falida, como sustenta Bitencourt”. (apud BIANCHINI; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2007, p. 252).

O fenômeno da crise penal, especialmente da pena privativa de liberdade, da ideia de ressocialização e do próprio direito penal, tem provocado inúmeras tendências e reações. As mais significantes passam, desde o punitivismo clássico e totalitário até o mais atual e excessivo; o abolicionismo radical que sustenta o desaparecimento do direito penal e do cárcere; e, o abolicionismo moderado ou minimalismo, que propõe a intervenção mínima com garantias máximas. É nessas duas últimas correntes que foca-se a um primeiro estudo, onde posteriormente passa-se ao olhar clínico do punitivismo.

Na atualidade são observadas essas duas tendências político-criminais não punitivistas, uma abolicionista, outra minimalista. A corrente abolicionista mais radical afirma que a pena e o próprio direito penal possuem efeitos mais negativos que positivos, postulando pela eliminação total de qualquer forma de controle social formal dos delitos, dando espaço aos modelos informais para solução dos conflitos. Não reconhecem justificção nenhuma ao direito penal, tendo como meta o desaparecimento do sistema penal, liderado por Louk Hulsman.

Para os defensores desse movimento, o direito penal é excessivamente arbitrário, devendo ser abolido porque é evidentemente dualístico, onde os agentes do sistema são

“bons” enquanto os desviados são os “maus” na história, atuando de forma desconexa entre as instâncias e seus agentes.

O cárcere para os abolicionistas é inútil, despersonaliza e dessocializa o preso e o sistema penal é extremamente burocratizado. Percebe-se que há uma ligação muito estreita entre o abolicionismo e as teorias do etiquetamento e os postulados da criminologia crítica. Hulsman afirma que:

[...] a lei cria o crime e o criminoso, pois aquele não existe como realidade ontológica; que o sistema penal é seletivo, daí o alto índice de cifra negra e, por isso mesmo, cria e reforça as desigualdades sociais [...], é uma “fábrica de culpados”; que ele estigmatiza o culpado, provocando sua exclusão definitiva do agrupamento social. (apud BIANCHINI; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2007, p. 273).

Assim, a abolição do sistema penal seria possível mudando a linguagem e aceitando a relatividade do conceito de crime, ou seja, o crime na verdade não é nada mais do que uma “situação problemática”. Também, acerca da reparação civil, deveriam ser aceitas e incrementadas as regras da indenização, assim como a resposta estatal punitiva para as situações problemáticas deveriam ser desregradas, sem uma uniformização, pois a vítima na maioria das vezes deseja a reparação dos danos e prejuízos sofridos e não a punição formal do culpado. E, por fim, a diminuição da intervenção estatal e ampliando espaço para o consenso, através da tolerância e respeito às diversidades pessoais.

As conclusões abolicionistas, apesar de muitos acertos, deixam de levar em conta a anarquia punitiva que seria provocada, pois induzem ao desaparecimento do direito penal. Vale lembrar que ao monopolizar a força, delimitar seus pressupostos e modalidades e excluir seu exercício arbitrário por quem não tem autorização, agem como ameaça penal protegendo possíveis partes ofendidas contra delitos, enquanto o “juízo e a imposição de pena protegem, por paradoxal que possa parecer, aos réus (e aos inocentes de quem se suspeita como réus) contra vinganças e outras reações mais severas”. (FERRAJOLI apud BIANCHINI; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2007, p. 276).

Apresenta-se como melhor solução aderir aos postulados do movimento político-criminal fundado no direito penal mínimo, conhecido como minimalismo, que é aquele onde

há mínima intervenção estatal com máximas garantias, que deveria ser colocado em prática nos três poderes, legislativo, executivo e judiciário.

Cabe ao legislador trabalhar com o conceito de merecimento da pena promovendo a descriminalização, despenalização e desprisionização. Ao executivo cabe adotar uma política de prevenção do delito e, ao judiciário, que “leve até suas últimas consequências a eficácia limitadora dos princípios intradogmáticos (âmbito penal) [...], bem como a eficácia garantidora dos princípios constitucionais, internacionais e processuais (âmbito processual penal)”. (BIANCHINI; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2007, p. 254).

A doutrina do direito penal mínimo reconhece certa utilidade social ao sistema, mas não concorda integralmente com a corrente mais radical do abolicionismo penal, pois se o direito penal desaparecesse, não terminaria a reação contra o delito, podendo ser ocupado em seu lugar outras formas de controle social, mais instáveis e vingativas, provavelmente sem garantias mínimas, que são estabelecidas no nosso ordenamento.

Zaffaroni aparece como um dos mais renomados doutrinadores acerca do minimalismo, afirmando que:

É absurdo pretender que os sistemas penais respeitem o princípio da legalidade, de reserva, de culpabilidade, de humanidade e, sobretudo, de igualdade, quando sabemos que, estruturalmente, estão preparados para os violar a todos. O que se pode pretender – e fazer – é que a agência judicial empregue todos os seus esforços de forma a reduzir cada vez mais, até onde o seu poder permitir, o número e a intensidade dessas violações, operando internamente a nível de contradição com o próprio sistema, a fim de obter, desse modo, uma constante elevação dos níveis reais de realização operativa desses princípios. (1991, p. 235) (grifo do autor).

A proposta do minimalismo (abolicionismo moderado) não pretende acabar com o sistema penal, senão minimizar sua utilização para a resolução dos conflitos, bem como diminuir a intensidade da resposta estatal.

A tendência à intervenção penal mínima surge como uma forma de diminuição progressiva da intervenção penal, onde apenas “é admissível à medida que os conflitos sejam subtraídos da programação decisória pelo modelo punitivo para proporcionar-lhe outra solução ou para deixá-lo à mercê de instâncias informais”. (ZAFFARONI, 1991, p. 177).

O direito penal na perspectiva constitucional é uma das faces de tantos outros instrumentos do qual se utiliza o Estado, para efetivar uma de suas funções que é de diminuir a violência que atinge inúmeros indivíduos e a sociedade. Isso decorre do caráter subsidiário e da natureza fragmentária que representa o modelo de direito penal criado a partir das bases minimalistas.

Seguindo uma teia de princípios orientadores, como os princípios da adequação social, insignificância, intervenção mínima, ofensividade e da exclusiva proteção de bens jurídicos, pela corrente minimalista, que se constitui da fragmentariedade e subsidiariedade do direito penal, a intervenção estatal somente se daria em alguns casos mais relevantes e a situações que não possam ser resolvidas por outros meios ao dispor do Estado. “Assim, apenas quando alguns fragmentos do ordenamento – fragmentos esses conhecidos como mais relevantes – forem atingidos é que se desencadeará a reação penal punitiva”. (SHECAIRA, 2004, p. 311).

Dessa forma, os bens jurídicos mais relevantes é que seriam tutelados pelo direito penal, sendo que as violações mais indesejáveis seriam punidas com sanção penal, onde o Estado, através de seu instrumento de coerção, interferiria apenas quando efetivamente necessário. Também, há casos em que, apesar de uma conduta se ajustar a algum tipo penal, é possível desconsiderá-la típica, quando socialmente adequada com a ordem social.

Não é bem isso que é visto e realizado pelo Direito Penal, que deveria ser reconhecido pelo caráter de *ultima ratio* da política social, autorizado a agir somente quando fracassam todos os outros meios de contenção. Mas o intervir do Estado, além de ser mínimo, deve ser racional, como é esperado sob a visão do Estado social e democrático de direito, podendo ser usado um recurso mais brando, com idêntico resultado.

Nilo Batista, acerca do direito penal mínimo e racional, informa que este está nitidamente vinculado à função da pena, ressaltando que “se o fim da pena é fazer justiça, toda e qualquer ofensa ao bem jurídico deve ser castigada; se o fim da pena é evitar o crime, cabe indagar da necessidade, da eficiência e da oportunidade de cominá-la para tal ou qual ofensa [...]”. (apud BIANCHINI; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2007, p. 281).

Constituindo-se a pena como a forma de intervenção mais radical na liberdade do indivíduo, que o ordenamento jurídico permite ao Estado, entende-se que o mesmo não deva recorrer ao sistema penal e sua pesada sanção se há possibilidade de garantir uma proteção eficaz com os outros instrumentos jurídicos não penais. Observa-se que esse recurso o qual deveria ser utilizado de forma litigiosa, cada vez mais vem reunindo forças e se expandindo,

de modo que onde surjam problemas na sociedade, estes já venham acompanhados de ideias que remetem ao Direito Penal.

Assim, a almejada mínima intervenção nunca teve, bem como atualmente tem, menos aplicabilidade de que já foi pretendida, visto o excesso de leis e o equivocado pensamento de que dessa forma chegariam a por fim aos conflitos relativos à criminalidade.

Da mesma forma, Ferrajoli afirma:

[...] no desenvolvimento do Estado social é perceptível a produção caótica e aluvisional de leis, regulamentos, institutos e práticas políticas e burocráticas que foram sendo sobrepostas às velhas e elementares estruturas do Estado liberal. Sua consequência: a deformação e a perda de operacionalidade. (apud CARVALHO, 2008, p. 87).

Por isso, o sistema punitivo está hipervalorizado, com centenas de leis em vigor que regulamentam o âmbito penal, mostrando que essa tendência é contrária ao entendimento do minimalismo penal, onde o Direito Penal só é legitimado a intervir nos conflitos penais de modo fragmentário e subsidiário.

Alice Bianchini, Antonio García-Pablos de Molina e Luiz Flávio Gomes mencionam que “cabe ao Estado criar um modelo de Direito Penal mais apto a diminuir a violência que se fixa no interior da sociedade sem se fazer, do mesmo modo – ou mais -, violento, sempre cuidando de só atingir no mínimo possível a liberdade individual da qual é garante”. (2007, p. 282).

Assim, a punição é um sofrimento que deve ser resguardado ou minimizado a todo custo, por meios alternativos para resolução de conflitos, descentralizando o poder estatal penal.

Zaffaroni assegura de uma forma precisa, o que cabe ao legislador, visto que pode resolver inúmeras situações, mas uma em especial ele não tem alçada, pois “*não tem o poder para dizer que o doloroso não dói [...]. Logo, toda sanção jurídica ou imposição de dor a título de decisão de autoridade, que não se encaixe nos modelos abstratos de solução de conflitos dos outros ramos do direito, é uma pena*”. (1991, p. 202-203) (grifo do autor).

Mas o processo de racionalização do Direito Penal, com sua evidente tendência à mínima intervenção, nunca foi uniforme, constante, igual ou linear. Ao revés, sofre

instabilidade, retrocessos e interrupções, não tendo êxito na sua histórica inclinação racionalizadora e minimalista.

Ainda que não predominante no ordenamento e nos programas de política criminal, pode-se admitir e almejar a validade da fórmula sugerida por Ferrajoli, “um Direito penal mínimo que assegure a máxima redução quantitativa da intervenção penal, a mais ampla extensão de seus vínculos e limites garantistas assim como a rígida exclusão de outros métodos de intervenção coercitiva”. (apud BIANCHINI; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2007, p. 238).

Em contrapartida, também há um processo expansivo e de regressão do direito penal contemporâneo, denominado direito penal do inimigo e defendido por Günther Jakobs. Por isso, não há muitas razões para otimismo, pois a base que move essas tendências punitivistas de diversos estados é a “perene emergência [...] que constitui, neste novo milênio, o marco central do chamado Direito penal do terror, esse Direito penal de emergência está sempre pronto para justificar todo tipo de ingerência estatal indevida na liberdade do cidadão [...]”. (BIANCHINI; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2007, p. 240-241).

3.2 O Armamento Jurídico Penal do Punitivismo e seus Excessos

Em oposição aos movimentos até então estudados, ou seja, não intervencionistas, está a corrente repressiva, a qual confia na resposta estatal penal, procurando incrementá-la, para solução dos conflitos, adotando os procedimentos autoritários ou totalitários de política criminal.

O movimento intervencionista com tendências punitivistas, pode ser sintetizado assim:

[...] tem vocação autoritária e é mais confortável em suas certezas. A cidade pune para permanecer cidade. Ela pune para sobreviver. Ela pune para manter o direito de estabelecer regras, limites, proteções para a liberdade. Ela pune para definir o que é lícito e o que não o é. Nenhuma dúvida sobre o elo entre a segurança dos cidadãos e a existência de penas suficientemente terríveis para apaziguar o horror provocado pelo crime. Resumindo, trata-se de promover as escolhas inversas: criminalizar, estatizar, penalizar, cortar. (MEIRELLE DELMAS-MARTY apud BIANCHINI; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2007, p. 258).

Os punitivistas acreditam veemente no Direito Penal, pelo qual a resolução de conflitos apenas seria alcançada por meio da intensificação do castigo e consequente distribuição de penas. Admitem que o sistema penal seja o mais eficaz instrumento de controle social, surgindo não como um último instrumento a ser utilizado para proteção de bens jurídicos (*ultima ratio*), mas sim, como principal e único instrumento de contenção (*prima ratio*).

Essa corrente repressiva trabalha por um modelo de Política criminal que serve de base para um Direito penal máximo, onde tem destaque sete grupos punitivistas na atualidade, os quatro primeiros grupos definidos como predominantemente retribucionistas, os outros três grupos restantes, preponderantemente prevencionistas.

O primeiro grupo usa o direito penal como instrumento de dominação ou opressão, intensamente, para controle dos desviados e, inclusive para infrações de menor potencial ofensivo. Uma das últimas versões desse movimento pode ser atribuída ao programa realizado em Nova York, na década de 90, pelo ex-prefeito Rudolph Giuliani, chamado de “Tolerância Zero” que nada mais é do que a criminalização da pobreza, demonstrando o caráter conservador-burguês da ideologia de direita, orientando esse discurso ao movimento de *Law and Order* nos Estados Unidos desde a década de 70, inicialmente criado pelo alemão Ralf Dahrendorf e difundindo por todo o mundo.

A ideologia do movimento de *Law and Order* surgiu a partir da reviravolta das questões de segurança pública nos Estado Unidos, que passou a ser gerida pela mão direita do Estado – política, justiça e prisão, aplicando a doutrina francesa do *laissez-faire, laissez-passer* (deixai fazer, deixai passar) ao tratar das desigualdades sociais, mas que se revela extremamente punitivista quando se trata de assumir as consequências disto.

Augusto Jobim do Amaral refere que o centro da questão do movimento apresentado está na criminalização da miséria e no tratamento social/penitenciário dos pobres:

Desde três décadas atrás, depois de enormes confrontos sociais que abalaram os grandes guetos das metrópoles americanas, houve sucessivamente a substituição de um (quase) Estado-providência por um Estado-penal-policial, no eixo do qual a criminalização da marginalidade e a repressão das categorias deserdadas fizeram as vezes de política social. (AMARAL, 2004, p. 220).

Ao certo seria falar de um Estado de compaixão (caritativo) e não de solidariedade, já que seu objetivo não é fortalecer os laços sociais, mas aliviar a pobreza mais evidente. Os programas voltados às populações vulneráveis sempre foram limitados, isolados e meramente moralizantes, surgindo assim um Estado híbrido, onde não protege e não usa da mínima intervenção, mas autoritarista para certos casos.

O declínio desse Estado caritativo, desencadeou uma guerra contra a pobreza e avanço ao Estado-penal para substituir o espaço social deixado por ele. Assim, a política de criminalização da miséria foi realizada em duas modalidades: a primeira atingindo aos serviços sociais, executados como instrumento de vigilância das novas classes perigosas, condicionadas a certas formas de conduta, onde deve-se aceitar qualquer tipo de trabalho sob pena de ser vedada a assistência e a assistência modulada a pseudo-estágios e formação sem perspectivas; a segunda, claramente “está o recurso maciço ao encarceramento, primordialmente de negros e latinos, capitaneado por uma maquiada ‘guerra à droga’ que apenas camufla uma perseguição penal à juventude dos guetos para quem o comércio a varejo de tóxicos é a fonte de emprego mais diretamente acessível”. (AMARAL, 2004, p. 220-221).

Essa política do “tudo penal” demonstra o deslocamento social provocado pelo punitivismo, onde seis internos em cada dez são negros ou latinos, onde metade não completou seus estudos secundários e menos de um quarto se beneficiou de algum apoio do Estado, passando o aprisionamento ser muito familiar, onde na metade das vezes ou se tem ou já se teve um parente na prisão.

O movimento de “Lei e Ordem” difundido na América do Norte, visa encarcerar os pobres, onde na sua grande maioria são da classe operária, que não consegue sair da miséria embora trabalhe, mas que o Estado mantém distante da cobertura social por terem um emprego de miséria. Por isso tais condenações não se explicam pela gravidade do fato, mas sim, quando muito, pelo seu caráter ofensivo, onde a gestão policial e carcerária tem o poder de controlar essas “pessoas indesejáveis”, confirmar o *status* social e recompor essas classes.

Assim, a prisão no movimento de *Law and Order* tem o fim de restauração da ordem, diante da insegurança social e das doenças urbanas (miséria). Encarcerar os pobres é muito mais rentável, pois demonstra um falso combate a criminalidade, ficando visível ao eleitorado. Ainda, sustentou-se que prestar assistência ao pobre, só serve para mantê-lo na

ociosidade e no vício os habitantes do gueto, por isso não é mais enfrentada as causas econômicas da pobreza, pois mais cômodo, atacar os pobres e puní-los.

A consequência deste discurso público acaba por impor um triplo estigma na população menos favorecida: moral, pois ao violar a lei eles são banidos; de classe, são pobres numa sociedade que vê o sucesso como resultado do esforço individual; de casta, na sua maioria são negros, provenientes de uma comunidade onde não tem honra étnica.

Dessa forma, a elite social fez questão de “manter o abismo social e simbólico agora se voltando contra o Estado-providência oferecendo, ao contrário, um apoio entusiástico às políticas de segurança do *Law and Order* que deveriam reprimir com firmeza as desordens urbanas percebidas como ameaças sociais”. (AMARAL, 2004, p. 222).

Esta conduta irracional apontou uma outra instituição especial - a prisão - capaz de garantir dois resultados desejados: explorar a força de trabalho e a exclusão social. Comparando a prisão e o gueto, ambas são organizações de controle constituídas por quatro objetivos semelhantes: estigma, coerção, confinamento e segregação.

Em decorrência dessa administração da miséria com o desenvolvimento excessivo e anormal do sistema penal americano, uma coisa é certa:

[...] contribui para regular os segmentos inferiores do mercado de trabalho, tendo dois efeitos distintos: retirar pontos estatísticos sensíveis dos níveis do desemprego americano, bem como acelerar o desenvolvimento do trabalho assalariado da miséria e da economia informal produzindo incessantemente um grande contingente de mão-de-obra submissa disponível. (AMARAL, 2004, p. 223).

Destaca-se, nesse sentido o *Manhattan Institute* – fábrica de ideias do governo americano - o qual lançou Charles Murray, chefe da administração de Ronald Reagan em matéria de bem estar, o qual popularizou o discurso e os dispositivos que visavam reprimir a desordem oriunda das classes subalternas.

No início da década de noventa, o instituto consagrou em uma conferência o seguinte método para combater os distúrbios enfrentados pelo Estado americano: “‘o caráter sagrado dos espaços públicos’ é indispensável à vida urbana e, ao contrário, a ‘desordem’, no qual se comprazem as classes pobres, é o terreno natural do crime”. (AMARAL, 2004, p. 224).

Com esse novo método de segurança, Rudolph Giuliani, que participou do evento do *Manhattan Institute*, esmiuçou a ideia e a doutrina de *Law and Order* a qual sofreu uma ramificação, em meados de 1991, e ficou conhecida também como Tolerância Zero.

O trabalho policial realizado em prol da segurança foi reorganizado e realizado por Willian Bratton, chefe da polícia municipal de Nova Iorque, nos novos moldes do movimento de Tolerância Zero, almejando “refrear o medo das classes médias e superiores (os que votam) por meio da perseguição permanente dos pobres nos espaços públicos”. (AMARAL, 2004, p. 224-225).

Em outras palavras, o que se realizou foi uma verdadeira contenção da classe miserável em espaços públicos como os metrô e parques da metrópole, onde a polícia colocou em prática um “arrastão” das pessoas pobres presentes nesses lugares, os quais ameaçam a segurança das classes nobres.

Esta legitimação policial e judicial da pobreza globalizou-se rapidamente em várias direções. O domínio policial e penal foi se espalhando como um processo de metástase, saindo de Nova Iorque, chegando a Londres, Escócia, México, Argentina, Alemanha, Itália, Nova Zelândia, Áustria, entre outros.

Fica evidente que a ideologia dos movimentos de Lei e Ordem e Tolerância Zero fazem uso da exploração do medo, a criação de pânico e o alarme social. O crime é compreendido como o lado patológico do convívio social, a criminalidade como uma doença infecciosa e o delinquente como um ser danoso, sendo que tais concepções são reproduzidas pelos meios de comunicação em massa, pela mídia, que atualmente não é um instrumento democrático, mas um obstáculo à população marginalizada:

A prisão, que supostamente deveria respeitar a lei, é de fato, na linguagem de Wacquant, uma instituição fora-da-lei por sua própria organização. Devendo dar remédio à pretensa ‘insegurança’ e à precariedade, ela não faz senão concentrá-la e intensificá-la, mas na medida em que as torna invisíveis, nada mais lhe é exigido. (AMARAL, 2004, p. 227).

É em virtude dessa mesma tendência que a lei torna, de modo esquizofrênico a instituição penitenciária distante dos princípios mínimos de humanidade e ausente de qualquer controle democrático, baseados na arbitrariedade da administração e na indiferença geral.

Não se pode esquecer a matriz ideológica da política da Tolerância Zero, a chamada *Broken Windows Theory* (teoria das janelas quebradas), de James Wilson e George Kelling, a qual sustenta que “é lutando passo a passo contra os pequenos distúrbios cotidianos que se faz recuar as grandes patologias criminais”. (WACQUANT, 2001, p. 25).

Essa estratégia de policiamento da dita teoria, foi implantada por Giuliani e seu chefe de polícia William Bratton, pois visa o combate agressivo de pequenas infrações ou meros atos desviantes, como pichação, beber em público, catar papel, mendicância e prostituição, pois se esses pequenos delitos forem tolerados, podem levar a crimes maiores.

Assim, em Nova Iorque essa iniciativa produziu “de 40 a 85 mil (dependendo da estatística) novas prisões – pelas tais *infrações menores* – no período de 1994 a 1998 (Estado de Nova York, Relatório da Divisão de Serviços de Justiça Criminal de 2000)”. (COUTINHO; CARVALHO, 2003, p. 06) (grifo do autor).

A *Broken Windows Theory* prega a ideia de que se um criminoso pequeno não é punido, o criminoso maior estará seguro para atuar na região da desordem, pois quando uma janela está quebrada e ninguém conserta, é sinal de que ninguém liga para o local, logo, demais janelas serão quebradas. Desordem e crime estão intimamente ligados, num tipo de desenvolvimento sequencial.

O movimento de Tolerância Zero, em outras palavras é a mania de encarceramento, através da mudança do Estado do bem estar para o Estado penal, onde os desordeiros de dentro – do sistema - precisam ser controlados, os de fora excluídos. De acordo com o artigo, “são os ‘forasteiros’ ou ‘estranhos’ que cometem crimes. Os ‘regulares’, por sua vez, tendem a não causar problemas”. (COUTINHO; CARVALHO, 2003, p. 07).

A teoria é muito ingênua, pois tem certeza que controlando os desordeiros, os rebeldes, prendendo-os e excluindo-os, o problema estará resolvido e a ordem retorna a pairar sobre a sociedade, desaparecendo o crime. Essa ordem cria uma nítida separação entre pessoas boas e ruins, ordeiros e desordeiros, seguidores da lei e criminosos, onde essas categorias são produtos dos processos de punição, onde o homem é um objeto de demonstração exemplar.

A queda do crime em Nova Iorque é apontada como prova de que a teoria funciona, mas embasada em falsas premissas, pois os dados naquela época indicavam ao contrário. Outras grandes cidades nos Estados Unidos, como Los Angeles, San Diego, Houston, Pittsburgh e Washington, com índices de criminalidade superiores aos de Nova Iorque,

experimentaram uma queda notável, sem ao menos terem implantado a sedutora teoria, pois algumas até adotaram políticas contrárias. “Em Nova Iorque houve uma queda de 51% na taxa de homicídios, no período de 1991 a 1996, enquanto em Houston, 69% e Pittsburgh, 61%”, visto que não implementaram a *Broken Windows Theory*. (JOANES apud COUTINHO; CARVALHO, 2003, p. 07).

Acontece que, coincidentemente foram implantados novos sistemas computadorizados, duplicação do número de novos policiais, condições econômicas favoráveis aos anos 90, a mudança no consumo de drogas e a prisão de grandes traficantes.

O que foi observado é que a “taxa de homicídios em Nova Iorque vem aumentando desde 1998, de 633 para 671 em 1999, um acréscimo de 6%”, conforme o Relatório Preliminar Anual Uniforme de Crimes. (COUTINHO; CARVALHO, 2003, p. 07).

A política da Tolerância Zero, como maior símbolo da *Broken Windows Theory*, é marcada pelo excesso do poder soberano e desumanidade das penas. Não postula pela reforma da pessoa rebelada, mas tão só sua punição, sua exclusão do meio social.

Foucault, em sua obra *Vigiar e Punir*, ambientada em 1840, em Mettray, prisão juvenil mais rigorosa da França, já delineava o argumento da Teoria das Janelas Quebradas, no sentido de que “a mínima desobediência é castigada e o melhor meio de evitar delitos graves é punir muito severamente as mais leves faltas; em Mettray reprime-se qualquer palavra inútil”. (2007, p. 243).

Os marginalizados, flanelinhas, bêbados, catadores de papel, são considerados verdadeiras ameaças, os quais se devem punir logo, antes que fiquem piores. Consoante essas teorias interligadas, *Law and Order*, Tolerância Zero e *Bronken Windows*, o garoto da esquina é transformado num monstro, num maníaco, numa ameaça para a sociedade. É a cultura do medo, pois a sociedade (classe alta) não pode sair às ruas, pois infectadas desse tipo de gente, pessoas assustadoras, que percebem esse medo e passam a delinquir cada vez mais, promovendo a desordem. Um verdadeiro círculo vicioso, onde a desordem gera medo, o medo gera crime e o crime gera desordem.

Esses movimentos bem simbolizaram a que ponto a desproporcionalidade pode chegar, em relação à pena de prisão:

O senso comum reconhece que por detrás dessa criminalização da pobreza reside grande desprezo pelas políticas sociais de integração. A prisão entra no lugar da educação, saúde, lazer, esporte, habitação etc. Produto inevitável dessa política repressiva desproporcional é o encarceramento de grande parcela da população marginalizada [...]. (BIANCHINI; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2007, p. 285).

Tendo como titulares os seguimentos conservadores, a corrente punitivista faz o uso do direito penal contra as classes menos favorecidas. Aliás, o legislador pactua-se muitas vezes com os interesses dos movimentos punitivistas, pois o uso constante do direito penal atende os interesses do legislador, bem como conta com o apoio de grande parte da população.

Conforme o segundo grupo, o direito penal é usado como instrumento de contrapoder, de revanche, revolução, de transformação da sociedade. É concebido como válido para punir e controlar as classes poderosas. Se o primeiro segmento se baseava na punição dos pobres, este se encarrega de responsabilizar o alto escalão social, os poderosos. “O Direito penal é inadequado e injusto para os *powerless* (pobres, marginalizados), somente deve incidir contra os *powerful* (poderosos)”. (BIANCHINI; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2007, p. 287).

Há o terceiro grupo punitivista, que acredita no direito penal como instrumento de reforço das funções estatais, pois o Estado exerce uma série de funções fundamentais, sendo que para desempenhá-las, muitas vezes busca a ajuda do direito penal para promover operações para a contenção de delitos ou de um determinado tipo de delinquente. Já o quarto grupo punitivista encara o direito penal como instrumento de tutela de interesses de alguns seguimentos internacionais, que se preocupam com as reformas legislativas nos países, pois fica nítida, muitas vezes, a interferência de organismos internacionais, que impõem suas regras punitivistas.

A quinta corrente punitivista considera o direito penal como meio adequado para controlar a força integradora da norma penal, ou seja, sua estabilização. É liderada por Jakobs, que sustenta que a pena cumpre a função de prevenção geral positiva, reforça a confiança no sistema, no Estado e no direito penal, além de agir como coação e resposta ao fato criminoso.

O discurso de Jakobs difunde a ideia do “direito penal do inimigo”, como será visto a seguir e visa atingir o público em geral e fazendo-os acreditar no prestígio, na imagem e na eficácia do poder estatal. Assim, a prevenção geral positiva acaba por convencer o homem

comum, através de sua ignorância, a abrir mão de garantias para ter maior efetividade de segurança.

O sexto movimento punitivista enxerga o direito penal como meio promocional de específicos bens jurídicos e de transformação da sociedade. Fazem parte desse movimento os atuais gestores atípicos da moral coletiva, que são constituídos por grupos e subgrupos emergentes, como associações progressistas de ecologistas, grupos feministas, de consumidores, de vizinhos, pacifistas, defensores da não discriminação contra as minorias, grupos antidiscriminatórios, organizações não governamentais que defendem direitos, como por exemplo, os direitos humanos.

Todas essas entidades postulam por mais aplicação do direito penal, visando proteger os interesses específicos que cada uma defende e luta. Mas apesar de ser mais adequado o direito administrativo ou civil para resolução desses interesses, acabam por buscar soluções de caráter punitivo, na esfera penal.

Dessa forma, mantendo o discurso punitivista, com o apoio de grande parcela da população e dos meios de comunicação “descobriu-se que a aprovação massiva de novas leis penais se traduz em um vetor eleitoral de suma relevância”. (BIANCHINI; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2007, p. 289).

Assim acontece com o discurso da *Law and Order*, que é extremamente rentável e, antes era exclusivo do movimento de direita, onde a esquerda igualmente passou a achar mais conveniente.

A esquerda e os progressistas que criticavam ferrenhamente o uso e abuso do direito penal pela direita de burgueses conservadores, passaram a ser a esquerda punitiva ou grupos progressistas punitivos. Esses mesmos grupos políticos de esquerda que denunciavam a inutilidade e o prejuízo da intervenção estatal por meio da pena, agora intentam através dela se servir para obter seus fins almejados, demonstrando o caráter ambivalente de política criminal desse movimento.

Esse duplo objetivo mencionado, que apela pela radical ilegitimidade e inutilidade do direito penal, conforme os postulados da intervenção mínima, assim como propugna pela máxima intervenção, antigarantista e seletiva, como mecanismo de transformação da sociedade e de sua defesa, pode ser descrito como um direito penal do cidadão e outro do inimigo.

Visto isso, pode-se dizer que a era da globalização vem se caracterizando rapidamente como a era da máxima intervenção do direito penal. A todo o momento são encontrados diferentes “inimigos” do direito penal e, por isso, se faz necessária sua presença intensa no sistema de controle social.

Por fim, tem-se o último grupo, onde o direito penal é tido como instrumento de segurança contra os riscos da sociedade moderna, ou seja, pós-industrial, seguindo uma verdadeira linha expansionista que age contra a criminalidade expressiva.

Desse modo, se o controle no século XIX ocorria após o fato e mediante indenização, no século XX o que se impõe na sociedade dos riscos é o modelo de antecipação do dano através de medidas preventivas, conforme lembra François Ost:

[...] entramos numa terceira fase da história do risco – a do risco enorme (‘catastrófico’), irreversível, pouco ou nada previsível, que frustra as nossas capacidades de prevenção e de domínio, trazendo desta vez a incerteza ao coração dos nossos saberes e dos nossos poderes. (apud CARVALHO, 2008, p. 88).

Essa sociedade de riscos compreende o crescimento econômico, que tem avançado cada vez mais, com a inegável evolução da tecnologia, tanto na indústria, na biologia, na genética, na informática, na área nuclear e nas comunicações. Essa evolução rápida gera riscos para a convivência humana, pois a decisão de uma pessoa pode colocar em risco uma comunidade ou até mesmo um país.

Dessa mesma ideia, Alice Bianchini, Antonio García-Pablos de Molina e Luiz Flávio Gomes apontam que:

O Estado não está em condições de controlar todos esses avanços nem de prevenir a criminalidade que lhe é inerente, logo, deve se valer do Direito penal seja para evitar a criação de riscos, seja para conter a criminalidade organizada. Já não se trata de um Direito penal preocupado em evitar lesões a bens jurídicos: agora o que importa é a antecipação da tutela penal, para não deixar que se criem riscos. (2007, p. 290).

Assim, a punição pelos atos que antecedem o crime, ou seja, os atos preparatórios estão se tornando a regra. Essa medida antecipatória de tutela trata de punir um perigo

abstrato. Surge então um novo direito penal, de cunho acessório, visando proteger novos bens jurídicos, assim como novos ataques que caracterizam a sociedade de riscos.

Esse direito penal moderno se caracteriza pela administrativização, globalização e desconstrução do paradigma liberal, orientando-se em sentido contrário do direito penal velho (liberal), que segue uma política criminal de mínima intervenção e de base garantista. Esse movimento neocriminalizador ou punitivista da sociedade de riscos se inspira no princípio da máxima intervenção penal, interessando-se especialmente pelos crimes dos poderosos, pela criminalidade organizada (narcotráfico, terrorismo, pornografia), pela criminalidade de empresa (delito fiscal, ambiental, contra os interesses dos consumidores e da saúde pública), pela corrupção político-administrativa e pelo abuso de poder.

A corrente intervencionista dá margem para o aparecimento de novas figuras delituosas, assim como prolifera as figuras de perigo abstrato e presumido, criando-se figuras delituosas desnecessárias e contraproducentes, sustentando um rigor penal desproporcional.

A política criminal da era da globalização (sociedade pós-industrial) “advoga sem nenhum pudor por um fervoroso antigarantismo e clama, ademais, por estabelecer ‘as novas regras do jogo’”. (BIANCHINI; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2007, p. 291).

Assim inicia-se um desenfreado movimento neocriminalizador, que tem como consequência a incriminação de condutas atípicas ou com a ampliação desmesurada de figuras delituosas preexistentes.

Visto os efeitos da globalização assim como as novas regras estabelecidas pela sociedade moderna, de cunho antigarantista e de intervenção máxima, pode-se dizer que estas eram inevitáveis. Karl-Ludwig Kunz, citado na obra de Alice Bianchini, Antonio García-Pablos de Molina e Luiz Flávio Gomes, comenta acerca do assunto:

Só os cínicos podem aceitar – diz Kunz – que a legislação penal atual contra a macro-criminalidade, que já ultrapassou todas as barreiras da estrita vinculação com os princípios tradicionais, pode prosseguir, na luta contra as mega-ameaças, de maneira conseqüente e sem dedicar a devida atenção ao lastro formalista do Estado de Direito, que vem sendo corroído pela intervenção profilática (antecipada) que não espera produção de lesões aos direitos, pela responsabilidade coletiva (da pessoa jurídica), que renuncia à imputação individual, pela inversão do ônus da prova assim como pelos delitos de mera suspeita (que não exigem a realização de uma conduta), que desprezam a presunção de inocência bem como o princípio in *dubio pro reo*, pela dotação das instituições de persecução penal de competências análogas às dos serviços secretos, que só podem ser controladas judicialmente de modo limitado. (2007, p. 291).

Não se pode esquecer também um dos traços característicos do perfil que oferece o processo punitivista (neocriminalizador), que é a administrativização do Direito penal, através da profunda transformação, bem como sua aproximação ao direito administrativo no momento de delimitar seu objeto, técnicas e instrumentos de intervenção e fins. Essa administrativização mencionada não significa despenalização ou descriminalização, mas o contrário, uma mutação de sua estrutura.

O direito penal está se transformando, seguindo os fenômenos de dimensões estruturais, globais e sistêmicas, para um direito puramente promocional, passando a retratar um novo paradigma de perigo, abstrato e presumido, a bens supraindividuais, se antecipando cada vez mais. Pune-se cada vez mais na sociedade moderna de riscos. Do crime de lesão passa-se a punir o de perigo. Do perigo concreto para o perigo abstrato e deste para o presumido.

O direito administrativo opera com o dano cumulativo e se conforma com uma ponderação do perigo global. O direito penal não, pois só pode responsabilizar o sujeito determinado pelo concreto significado da conduta isolada que realizou. Entretanto, em virtude da administrativização do direito penal, já é possível a sanção penal de uma conduta individual, mesmo que esta não lesione nem coloque em perigo o bem jurídico, operando-se com o efeito somativo ou perigo global, que resulta da eventual generalização dessa conduta.

Entre todos os grupos punitivistas já mencionados, o que os liga e só lhes interessa é a sede pelo Direito penal da prisão. A prisão sem garantias, é a tendência atual que segue no ordenamento, qualificando-o como direito penal de terceira velocidade, ou conforme Jakobs denomina, direito penal do inimigo, oposto ao direito penal do cidadão.

Günther Jakobs sustenta a tese de que o Direito penal tem a função essencial proteger a norma, aplicando a isso a pena, onde reforçaria a confiança no direito penal, que é tido como subsistema do sistema social. Trouxe para o direito penal o funcionalismo sistêmico, empunhando uma tese afirmativa, legitimadora e justificadora dessa linha de pensamento, desde 1999.

No direito penal do inimigo podemos extrair que os criminosos econômicos, terroristas, delinquentes organizados, entre outras infrações penais perigosas, são os inimigos

do direito penal. São esses inimigos que se afastam permanentemente do Direito e não oferecem garantias cognitivas de que continuariam leais à norma.

Dessa forma, o inimigo não é considerado pessoa, pois este indivíduo que não ingressa no estado de cidadania, não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa. O inimigo é tido como uma não pessoa, não podendo ser sujeito processual e, por conseguinte, não pode contar com direitos processuais:

Civilidade, humanidade, unidade são uma só coisa: trata-se da possibilidade alcançada pelos homens de viver em paz. Todos nós temos um pouco de ilusão de que os delinquentes são os que perturbam a paz e de que a perturbação pode eliminar-se, separando-os dos outros; assim, o mundo se divide em dois setores; o dos civis e dos incivis; uma espécie de solução cirúrgica do problema da civilidade. (CARNELUTTI, 2009, p. 119) (grifo do autor).

Os fundamentos filosóficos desse direito penal do não cidadão são: 1. O inimigo ao infringir o contrato social, deixa de ser membro do Estado, estando contra ele; 2. Abandonando o contrato de cidadão, perde todos os direitos previstos nele; 3. O cidadão que trai o Estado passa a ser castigado como inimigo; 4. Quem ameaça o Estado e a sociedade deve ser tratado como inimigo.

O inimigo consoante esse direito penal, não é um sujeito de direito, mas um objeto de coação, perdendo a condição de pessoa ao delinquir. O que interessa é a sua periculosidade e não sua culpabilidade, impulsionando a punição não pelo que fez, no passado, mas pelo que representa de perigo no futuro. É um direito penal prospectivo, visando medidas futuras, combatendo perigos, antecipando a tutela penal, para atingir os atos preparatórios do crime.

Os primeiros “inimigos” na história foram encontrados no período Inquisidor, quando da “caça às bruxas”, onde puniam severamente os hereges, feiticeiros, bruxas e curandeiros, como também alguns cientistas da época, pessoas que eram perseguidas por razões infundadas, pois atentavam contra a igreja católica, por fazerem descobertas que eram consideradas absurdas naquele tempo, bem como o uso de culturas diversas.

A mulher foi severamente punida na inquisição, por ser acusada de bruxaria, sendo a verdadeira inimiga naquela época:

[...] mas o pecado que veio da mulher destrói a alma por privá-la da graça, e entrega o corpo à punição pelo pecado [...]. Poderíamos ainda aditar outras razões, mas já nos parece suficientemente claro que não admira ser maior o número de mulheres contaminadas pela heresia da bruxaria. E por esse motivo convém referir-se a tal heresia culposa como heresia das bruxas e não a dos magos, dado ser maior o contingente de mulheres que se entregam a essa prática [...]. (KRAMER; SPRENGER, 2009, p. 121).

O cidadão e o inimigo são diferenciados quanto à realização de um crime, visto que o cidadão mesmo depois de delinquir, continua com seu status de pessoa, já o inimigo não, sendo banido da sociedade:

[...] ao cidadão (autor de um homicídio ocasional), espera-se que ele exteriorize um fato para que incida a reação (que vem configurar a vigência da norma); em relação ao inimigo (terrorista, por exemplo), deve ser interceptado prontamente, no estágio prévio, em razão de sua periculosidade. (BIANCHINI; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2007, p. 295-296).

Assim, há dois direitos penais para Jakobs, um do cidadão, que deve ser respeitado e contar com todas as garantias penais e processuais, e outro do inimigo devendo ser tratado como fonte de perigo, servindo para intimidar outras pessoas. O Estado pode proceder de duas maneiras contra os delinquentes, isto é, pode vê-los como pessoas que delinquem ou como indivíduos que apresentam perigo.

Pode-se concluir dos postulados do direito penal do inimigo que “o Direito penal do cidadão é um Direito penal de todos; o Direito penal do inimigo é contra aqueles que atentam permanentemente contra o estado: é coação física, até chegar à guerra”. (BIANCHINI; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2007, p. 296).

O cidadão é aquela pessoa em que mesmo depois de cometer o ilícito, oferece garantias de que continuará como uma pessoa fiel ao Direito, ao contrário do inimigo, que não oferecerá mais essas garantias.

Esse direito penal intitulado “do inimigo”, de longe não é um sistema penal ordenado e lógico. É um conjunto de normas dispersas pelo ordenamento jurídico-penal, que se caracterizam por violar direitos e garantias fundamentais da pessoa, não tendo como essência um fato criminoso, senão um determinado tipo de autor.

Na verdade esse direito penal do inimigo é composto de manifestações avulsas, mas introduzidas com frequência pela legislação especial. É um conjunto de anomalias e discrasias que o formam, tendo como características o tratamento diferenciado, antigarantista, discriminador e injustificado de alguns autores de crimes.

Tendo como válida a ideia de que o Direito penal do inimigo é caracterizado pelo tratamento diferenciado e antigarantista, a que alguns criminosos são submetidos, percebe-se que todos os movimentos punitivistas visam punir uma determinada parcela de criminosos, tornando-se apenas direito penal do não cidadão quando reúnem a gana punitiva alguma flexibilização das garantias.

Portanto, o Direito penal do inimigo é um conjunto normativo que revela uma nova modalidade de Direito penal de autor, punindo o sujeito pelo que ele é e não pelo que ele fez, “é uma nova ‘demonização’ de alguns grupos de delinquentes”. (BIANCHINI; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2007, p. 299).

Ademais, não é seguido um processo democrático, mas um verdadeiro procedimento de guerra, de intolerância contra o inimigo, o qual não se harmoniza com o Estado de Direito, com as garantias penais, processuais e constitucionais. Esse direito penal do legislador é claramente inconstitucional, mas que nos últimos tempos tendem a se intensificar, visto o consenso que se obtém entre direita e esquerda punitivas e, o apoio incondicional dos meios de comunicação, tendo como reflexo também, parcelas da sociedade.

O que pode ser constatado por Bianchini, García-Pablos de Molina e Gomes, acerca do criminoso comum que é tratado como “de guerra” é que essa “lógica [...] da intolerância excessiva, do ‘vale tudo’, conduz a excessos. Destrói a razoabilidade e coloca em risco o Estado Democrático. Não é boa companheira da racionalidade”. (2007, p. 300-301).

O direito penal do inimigo também pode ser encontrado no direito penal brasileiro. Incide um Direito penal como forma de eliminar o sujeito da convivência social, com a flexibilização das garantias, tanto penais, processuais ou constitucionais, conferindo maior eficácia possível ao castigo, à sanção, sem se importar com os direitos e garantias individuais e processuais.

Também é seletivo, pois elege alguns criminosos para que incida contra eles um direito emergencial, discriminatório, ou seja, de tratamento diferenciado. São exemplos desse tratamento diferenciado no direito penal brasileiro, os autores de crimes hediondos e os condenados por crime organizado, tidos como inimigos. No primeiro caso, os autores desses

crimes não podem ter indulto individual ou coletivo e, no segundo caso, não podem apelar em liberdade, nem contam com o direito de liberdade provisória.

Mas a forma mais evidente de direito penal do inimigo está no chamado regime disciplinar diferenciado – RDD - introduzido na lei de execução penal, em seu art. 52:

A primeira situação que permite tratamento diferenciado ao preso decorre da prática de crime doloso que ocasione a subversão da ordem ou disciplina internas. Até aqui, pune-se o sujeito pelo que ele ‘fez’. Só resta ver a questão da proporcionalidade da medida. Nos §§ 1. e 2. (tratamento diferenciado ao preso que apresente alto risco para a segurança ou quando revele fundadas suspeitas de envolvimento com o crime organizado) não há como deixar de divisar exemplos de Direito penal do inimigo: pune-se o preso pelo que ‘é’ (ou pelo que se pensa que ele ‘é’), não pelo que ele fez. (BIANCHINI; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2007, p. 297).

Esse endurecimento penal é ofensivo à dignidade humana, constituindo-se em expressão desse modelo de direito penal denominado “do inimigo” o qual se enquadra no movimento punitivista simbólico e emergencial, que pune por antecipação, atos preparatórios ao crime e sob suspeitos. Ninguém pode sofrer algum tipo de punição por suspeitas, pois viola o princípio da presunção da inocência, agravando as condições de cumprimento da uma pena em razão de suposições ou desconfianças.

Acerca do RDD, “o *plus* que se pretende agregar ao falido sistema prisional brasileiro consiste em transformá-lo em máquina de fabricar loucos. Nossos presídios já fabricam organizações criminosas (PCC, CV, etc., todas nascidas dentro deles). Agora querem que deles saiam alguns loucos”. (BIANCHINI; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2007, p. 299).

Visto todos esses movimentos punitivistas, a equação a que se chega é a seguinte: o direito penal punitivista, que tem como consequência a punição intensa e desproporcional aos indivíduos marginalizados, pobres, excluídos, etc., somado à doutrina do inimigo, onde aplica o direito penal sem garantias penais e processuais, mais o encarceramento exagerado dessa clientela desfavorecida, resulta no incremento das prisões, no nascimento das indústrias do crime e na violação de todas as garantias conquistadas pelo homem no percurso do tempo.

3.3 Sistema Prisional Frente à Execução Penal

O sistema penitenciário é uma das questões mais complexas e problemáticas enfrentadas no estudo tripartido do fenômeno criminal. Antes de tudo, é uma questão social e do Estado, não se limitando apenas ao interior das casas prisionais.

A Lei de Execução Penal, lei n. 7.210 de 1984, surgiu muito antes da Constituição Federal vigente até então, promulgada em 1988. Esta omitiu qualquer fundamento ou fim da pena de prisão, adotando uma teoria agnóstica da pena, direcionando resposta apenas à pergunta “*como punir?*”, deixando em aberto a resposta de “*por que punir?*”.

Então, a LEP deu um passo gigante, prevendo um conteúdo ressocializador a ser atribuído ao delinquente, quatro anos antes da Carta Magna. Foi o primeiro diploma codificado, com o propósito de regular a execução penal de forma ampla, assegurando os direitos dos presos, com um aspecto humanista.

A execução penal visa cumprir o comando resultante da sentença penal condenatória ou absolutória imprópria, assim como podem estar sujeitas à execução, as decisões que homologam transação penal nos Juizados Especiais Criminais.

Tem o objetivo de integração social do condenado ou do internado “já que adota a teoria *mista* ou *eclética*, segundo a qual a natureza retributiva da pena não busca apenas a prevenção, mas também a humanização. Objetiva-se, por meio da execução, punir e humanizar”. (MARCÃO, 2009, p. 01) (grifo do autor).

Em seu primeiro artigo, a lei de execução penal prevê um conteúdo de integração social, preconizando o seguinte:

Art. 1º. A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado. (BRASIL, Lei Federal n. 7.210, 1984).

Igualmente, evitando tratamento discriminatório, resguarda a dignidade da pessoa humana, conforme disciplina o art. 10:

Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade. (BRASIL, Lei Federal n. 7.210, 1984).

Outra característica importante da Lei de Execução Penal foi o novo modelo de execução, sendo este jurisdicional, onde tem como finalidade assegurar aos reclusos seus direitos fundamentais, com base no princípio da legalidade previsto na Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XXXIX.

Ao transitar em julgado a sentença penal, começa a surgir entre o condenado e o Estado “uma complexa relação jurídica, com direitos, expectativas de direitos e legítimos interesses, de parte a parte [...] e, como em qualquer relação jurídica, os conflitos, para serem dirimidos, demandam a intervenção jurisdicional”. (MIOTTO apud MARCÃO, 2009, p. 03).

Almejava a LEP que o recluso fosse o sujeito da execução, o que não ocorria antes, quando sua natureza era apenas administrativa e arbitrária, pois o apenado era apenas objeto. Não vingou o desejo, pois o apenado continua a sofrer arbitrariedades e a ser tratado como objeto do sistema, numa verdadeira coisificação da pessoa humana.

O princípio da legalidade ensejou fundamental importância na execução penal, pois reforçaria que a autoridade administrativa prisional deveria observar e se conter dentro dos seus limites. Abrangendo a fase mais importante da atuação da justiça, não seria digno abandonar os indivíduos que sucumbiram ao cárcere, nem degradar a função penal ressocializadora prevista na lei de execução penal, o que por si só o cárcere já vem fazendo.

Com o advento da Constituição em 1988, o princípio da humanização da pena foi sacralizado, em seu art. 5º, inciso XLVII:

Art. 5º [...].

XLVII – Não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis;

[...]. (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988).

Com esse princípio, a execução penal deveria obedecer aos parâmetros reconhecidos pelo topo do ordenamento jurídico brasileiro, bem como internacionalmente consagrado, sustentando a dignidade humana do homem.

Da leitura do artigo acima referido, extrai-se que, apesar da tortura do corpo ter sido expressamente proibida pela Constituição Federal e pela LEP, no interior das penitenciárias não é bem assim que funciona. São vários os rastros de torturas e as evidências do sofrimento de violência física e psicológica, os quais são contidos pelas paredes e os agentes carcerários que criam suas regras internas para reprimir, vigiar e demonstrar o poder.

Corroborando com essa ideia, Foucault menciona sobre o domínio do corpo:

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. (2007, p. 119).

Observando o princípio da humanização da pena, “entende-se que o condenado é sujeito de direitos e deveres, que devem ser respeitados, sem que haja excesso de regalias, o que tornaria a punição desprovida da sua finalidade”. (NOGUEIRA apud MARCÃO, 2009, p. 04).

Nesse mesmo nível está o princípio da personalidade, também chamado de princípio da intranscendência, segundo o qual a pena não pode ir além da pessoa do autor do crime, conforme art. 5º, inciso XLV, da Constituição Federal.

Nos artigos 12 a 27 da LEP estão previstos os tipos de assistência que o apenado faz jus, dividindo-se em assistência material, a saúde, jurídica, educacional, social e religiosa.

Ademais, o artigo terceiro da Lei de Execução Penal, prevê o seguinte:

Art. 3. Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.

Parágrafo único. Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política. (BRASIL, Lei Federal n. 7.210, 1984).

Mesmo tendo a legislação brasileira uma das mais evoluídas leis de execução penal, os direitos fundamentais dos reclusos continuam sendo severamente violados. O apenado vem sofrendo violações de caráter pessoal que na maioria (senão sempre) é encoberta, afastando os princípios e direitos já consagrados.

O detento acaba despojado de sua identidade, isento de sua dignidade, a partir do momento em que fica à mercê do Estado, bem como da sociedade, que tentam lhe moldar uma recuperação revelando função ressocializadora da pena marcada por uma orientação humanista.

Na verdade, essa realidade humanista é mascarada pelo uso da dominação que é usada por excelência pelos agentes detentores do poder, para atingir a consciência e a dignidade do delinquente. As modificações feitas acerca do cumprimento da pena apenas alimentam a violência exercida pelo sistema, que continua a confirmar o sentimento de inferioridade daqueles submetidos à vigilância da prisão.

Salo de Carvalho argumenta que:

Qualquer ser humano inadequado à moral punitiva ou à estética criminológica passa a ser percebido como objeto a ser eliminado, como inimigo. E para estes seres objetificados pelo sistema periculosista, os direitos humanos não podem e não devem ser garantidos. (2008, p. 123).

Desse modo, a finalidade ressocializadora da pena oferece uma segurança jurídica utópica, discriminatória, onde foi inculcado na sociedade, desde sua evolução, o desejo de punir os infratores que rompiam as regras sociais. Observa-se que a reintegração social do apenado é um falso discurso proposto pelo Estado, pois ele ainda está ligado a concepções arcaicas de punição.

A própria sociedade consente a violação praticada pelo Estado, estigmatizando e excluindo o agente transgressor da norma, de forma que essas arbitrariedades ficam apenas no interior das prisões, pouco se sabe da real situação que enfrentam dentro do cárcere, de modo silencioso.

Não se pode permitir que o Estado imponha um tratamento coativo na execução da penal, visando transformar o homem delinquente em uma pessoa boa e apta para ingressar na sociedade novamente, pois fere os direitos fundamentais, ou seja, sua dignidade humana.

Assim afirma Carnelutti:

[...] então compreendi não só que os homens não se podem dividir em bons ou maus, senão que tampouco se podem dividir em livres e presos, porque há fora do cárcere prisioneiros mais prisioneiros dos que estão dentro dele, e os há, dentro do cárcere, mais livres quando estão na prisão do que os que estão fora. Presos, estamos todos, mais ou menos, entre os muros de nosso egoísmo; quiçá, para evadir-se, não há ajuda mais eficaz que a que nos podem oferecer aqueles pobres que estão materialmente fechados dentro dos muros da penitenciária. (2007, p. 126-127).

A violência estatal então é destinada ao objeto do processo de execução penal, que recai no homem, e este por sua vez não sofre apenas com a pena privativa de liberdade, mas toda uma série de subpunições, que vão se somando durante o trajeto da execução. O apenado nada mais é que um mero objeto para a execução penal, tem seus direitos fundamentais violados e ignorados, escondidos sob falsa aparência estatal, de poder extremamente arbitrário.

Por isso há uma via de mão dupla entre o que a Lei de Execução Penal propõe em seus artigos e a realidade apresenta pelo sistema. É muito difícil efetivar o cumprimento da LEP, devido ao ritual adotado pelo sistema e pelos aborrecimentos cotidianos amplamente exteriorizados pela sociedade, chegando perto de tornar-se uma lei inerte.

Ingo Wolfgang Sarlet afirma que os direitos fundamentais, “na qualidade de direitos de defesa, constituem, em primeiro plano, direitos de defesa do indivíduo contra ingerências do Estado em sua liberdade pessoal e propriedade”. (apud SCHROEDER, 2007, p. 475).

A Constituição Federal, em seu art. 1º, inciso III, assegura a dignidade da pessoa humana, bem como o art. 5º, inciso III, onde menciona que ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante.

Portanto, os operadores da execução penal devem respeitar os direitos fundamentais, que são também assegurados aos presos, pois “apesar da restrição de direito fundamental, como a liberdade, a dignidade da pessoa humana deve ser respeitada, eis que serão

asseguradas a qualquer indivíduo, independente da situação fática peculiar que lhe sobrevier”. (SCHROEDER, 2007, p. 481).

Mesmo perdendo a liberdade, todos os outros direitos permanecem, devendo o apenado ser tratado com um respeito inviolável, o qual deve nortear toda a atividade jurisdicional, com base nos valores constitucionais inerentes a qualquer cidadão e mais, nos direitos humanos de esfera universal:

A ideia de direitos humanos, portanto, despreza-se das instituições, constituindo-se patrimônio da humanidade conquistado no processo histórico de afirmação da dignidade de toda pessoa humana. Os direitos humanos, longe de ser visto como regalo, existem independentemente do seu reconhecimento formal, visto que, em grande medida, legitimam ações (políticas, sociais, econômicas, culturais e, inclusive, jurídicas), contra as instituições mesmas. (CARVALHO, 2008, p. 111) (grifo do autor).

Embora algumas garantias previstas e a jurisdicionalização instituída na Lei de Execução Penal, as reclamações dos apenados são geralmente ignoradas pelas autoridades, tanto administrativas como judiciárias pelo simples argumento de manutenção da ordem, através da disciplina e segurança, bem como as responsabilidades, que vão sendo transferidas, cada poder joga para o outro o problema, assim como os juízes nas fases de conhecimento e execução, num verdadeiro círculo vicioso.

Ademais, os órgãos da execução penal deixam de cumprir os deveres impostos também porque “incorporam desejo de vingança da sociedade, apavorada com a sensação de insegurança, agindo assim, com excessivo rigor”. (SCAPINI, 2007, p. 312).

Na prática, é visto o completo descaso com o sistema carcerário brasileiro. Após uma sentença condenatória transitada em julgado, o que resta para os condenados é expiar a sua culpa, na sucursal do inferno, um lugar precário, em condições sub-humanas, onde o apenado é despido de qualquer coisa que lhe pertença, como a dignidade:

Isto basta para dizer que o processo penal, o qual não cessa com a condenação senão que segue com a expiação, pode durar até a morte. A eventualidade da morte no cárcere é o risco mais grave do encarceramento. E não porque uma interpretação benévola da disciplina carcerária não consinta ao moribundo o último adeus de seus entes queridos, senão porque aquele morrer lhe trunca a esperança do retorno à sociedade humana. Esta, a esperança de entrar de novo na sociedade humana, de

despojar-se finalmente do horrível uniforme, de assumir de novo o aspecto do homem livre, de retomar seu posto na sociedade, é o oxigênio que alimenta o preso. Desde o momento em que entrou na prisão, esta é a razão de sua vida. Ao privá-lo dela, está o desumano da condenação por toda a vida. (CARNELUTTI, 2009, p. 112).

É uma afronta a Constituição Federal e à Declaração Universal dos Direitos Humanos, aonde se chega à conclusão que, apesar de expressamente previsto que não existirão penas cruéis, elas estão em muitos lugares, através das condições humilhantes enfrentadas pelos reclusos nos presídios.

É evidente que o sistema carcerário é cruel, arbitrário e possui péssimas condições de sobrevivência. O Estado deveria observar que “as pessoas presas não foram condenadas a passar fome, a passar frio, a viver amontoadas, a virar pasto sexual, a contrair AIDS e tuberculose nos estabelecimentos penais. Toda essa realidade que vigora no mundo dos excluídos significa inconcebível exacerbação da pena”. (SCAPINI, 2007, p. 311).

A LEP não cumpre o proposto em seu discurso, nem mesmo a Constituição Federal que é a lei máxima, quando realmente vendam os olhos e permanecem inertes a esse descaso com o sistema prisional, como se não fosse nada ou como se os apenados fossem mercedores de tais violações.

A sociedade confunde os direitos e garantias fundamentais com os benefícios os quais alguns apenados podem alcançar. Nesse sentido, Salo de Carvalho leciona:

A teoria tradicional dos direitos humanos, fundada na perspectiva romântica quanto às virtudes dos poderes constituídos pelos Estados Modernos (Legislativo, Executivo e Judiciário), pressupõe a normatização dos direitos e a previsão de garantias como suficientes para frear ou anular os excessos das agências punitivas. O efeito perverso da incorporação acrítica desta concepção de filosofia política é tornar consensual a idéia de constituírem os direitos humanos *status* individuais e coletivos regalados à cidadania pelo *lupus artificialis*. Diferentemente de serem encarados como direitos submetidos à criação e ao reconhecimento no processo histórico, os direitos humanos são invariavelmente confundidos com benefícios que o poder público concede. (2008, p. 105).

As condições dos presídios e penitenciárias no Brasil, muito bem conhecidas, transformam as penas privativas de liberdade em medidas de extrema crueldade, o que é prática corriqueira no sistema. Essa é a crueldade oficial que faz do país um dos maiores

violadores dos Direitos Humanos, sendo reconhecido oficialmente perante a Organização das Nações Unidas (ONU).

Mesmo com a criação de penas alternativas e benefícios, o sistema carcerário permaneceu o mesmo:

Soluções alternativas ao encarceramento foram propostas e aperfeiçoadas no decorrer do século passado, com a criação de inúmeros institutos como a pena pecuniária, as penas restritivas de direito e a suspensão condicional da pena. A própria ideia de sistema progressivo e do livramento condicional são reflexos da constatação do processo dessocializador operado na prisão. (CARVALHO, 2008, p. 132).

Mas a história do sistema punitivo é muito mais complexa do que o castigo, do que a prisão em si e o desenvolvimento das instituições jurídicas, “é a história das relações das “duas nações”, como a chamava Disraeli, das quais são compostos os povos: os ricos e os pobres”. (RUSCHE apud BARATTA, 2002, p. 171).

Em uma cultura da brutalidade, são raríssimas as iniciativas com tendência a amenizar o choque no sistema penitenciário. A lei de execução penal define categoricamente os direitos dos apenados nos artigos 40 a 43, bem como as condições dos estabelecimentos prisionais, nos artigos 82 a 95.

O cumprimento da pena nos presídios cada vez mais é degradante. A mesma lei que protege o cidadão, da mesma forma protege o apenado, mas não é cumprida efetivamente. Um exemplo contrário a essa situação, de cunho garantista e humanitário é o acórdão da apelação crime de nº 70029175668, exarado pelo Desembargador Relator Amilton Bueno de Carvalho, da Quinta Câmara Criminal, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, conforme ementa a seguir:

Roubo majorado. Condenação: mantida ante a solidez probatória. Atenuante: pode deixar a pena aquém do mínimo (o artigo 65, Código Penal, fala em sempre, e sempre é sempre, pena de sempre não o ser. Majorante do uso de arma: excluída por inexistência de prova da potencialidade ofensiva do aparato. **Recolhimento prisional: o condenado somente será recolhido a estabelecimento prisional que atenda rigorosamente aos requisitos impostos pela legalidade - Lei de Execução Penal. Legalidade: não se admite, no Estado Democrático de Direito, o cumprimento da lei apenas no momento em que prejudique o cidadão, sonogando-a quando lhe beneficie. Missão judicial: fazer cumprir, apesar de**

algum ranger de dentes, os direitos da pessoa - seja quem for, seja qual o crime cometido. À unanimidade, deram parcial provimento ao apelo para reduzir a pena do acusado. Por maioria, determinaram que o apenado cumpra pena em domicílio enquanto não houver estabelecimento que atenda aos requisitos da LEP, vencido o Relator, que determinava a suspensão da expedição do mandado de prisão enquanto não houver estabelecimento que atenda a tais requisitos. (Apelação Crime Nº 70029175668, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, Julgado em 15/04/2009). (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, 2009) (grifo nosso).

No referido acórdão, há discussão quanto ao cumprimento da pena de prisão auferida ao réu, pois fixado o regime semiaberto, não há local adequado para cumprimento. O desembargador relator Amilton Bueno de Carvalho menciona no acórdão que, o cumprimento da pena imposta é “a primeira face do sistema – a sanção sofrida por agressão à lei penal. Aqui está a dor a ser infligida a ele. A segunda face [...] está no limite que o Estado impõe a ele mesmo, para que a arbitrariedade não se faça presente [...]”. (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, 2009).

Notória é a atividade Estatal que, deve punir aquele que agride a lei penal, bem como deve cumprir rigorosamente com as normas estabelecidas para o cumprimento das penas que ele impõe. Ao mesmo tempo em que a Lei Maior determina a prisão (ato contra o cidadão), também o protege.

Essa lei, que tem o condão de barrar o limite ao poder que extrapola todas as medidas, também determina as condições que devem predominar quanto ao cumprimento da sanção corporal. Não se pode esquecer que esse mesmo Estado veda constitucionalmente penas cruéis, prevê que o cumprimento da pena será em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, idade e sexo do apenado, assegura aos presos o respeito à integridade física e moral, assim como impõe que ninguém será submetido a tortura ou a tratamentos desumanos e degradantes, preceitos esses de feição fundamental.

Amilton Bueno de Carvalho continua:

[...] tem acontecido – máxime no Estado Gaúcho – verdadeira autofagia sistêmica: com base na lei se condenam pessoas a pena de prisão (para prejudicar) mas no momento em que se deve beneficiá-las (condições prisionais), nega-se a legalidade. Algo intolerável, beirando a hipocrisia. Todos, absolutamente todos, sabemos que o Estado é violador dos direitos da população carcerária. Todos, absolutamente todos, sabemos das condições prisionais. E mesmo assim confirmamos o sofrimento gótico que alcança os apenados. (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, 2009).

Na era da globalização, tudo cai nas graças da imprensa, que distorce a outro rumo a responsabilização da fissura no sistema penitenciário. Alguns tentam responsabilizar os juízes, os promotores, pelas condições prisionais; as instâncias repassam as responsabilidades umas às outras, os poderes (legislativo, executivo e judiciário) se eximem da responsabilização e, ninguém é culpado pelo estado vergonhoso do cárcere, onde os presídios gaúchos estão como os piores da nação, comandados por facções e não por agentes penitenciários.

Até agora os órgãos públicos têm sido cúmplices com esse sistema prisional, não fazendo nada para, pelo menos “adoçar” a situação. Por outro lado, há casos (com tendência a elevar) de grupos isolados cumprindo integralmente a legalidade, não apenas naquilo que prejudica o apenado.

Ainda, o desembargador frisa que há “contradição insuportável em se condenar alguém com base na lei e, depois, negá-la no momento da execução da pena! [...]. Não se pode, jamais, tratar pessoa alguma (seja quem for, seja qual o delito cometido) como meio (coisa), mas como fim (pessoa) [...]”. (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, 2009).

O Estado tem condições financeiras de executar as penas de acordo com a lei, apenas não a tem como prioridade, por isso, uma vez não cumprida a lei que favorece, então que não se cumpra a lei que desfavorece.

Previsto na Lei Maior o princípio da humanização das penas, o Estado deve cumprir rigorosamente com as normas estabelecidas para o cumprimento das penas que ele próprio impõe, a quem agride a lei penal. Há dois lados dessa legalidade, sendo que apenas uma face está em constante aplicação, a que determina a prisão do cidadão. O lado que protege o apenado está dormente.

Essa questão é muito antiga, sendo que sempre está sendo denunciada, presenciada, e vivida pelo seu agente, o apenado. Mas o sistema da execução penal está acomodado, fazendo o problema desaparecer dos olhos dos espectadores antes que os mesmos percebam, eludindo assim os ecos da população carcerária e dos órgãos humanitários, que buscam por soluções incessantemente.

Os desembargadores da Quinta Câmara Criminal ousaram em afirmar sua falha com o sistema, mencionando que o grupo “faz ‘*mea culpa*’ por ter sido conivente com o sistema prisional”. (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, 2009).

Essa postura talvez tenha chegado em um momento tardio, mas totalmente relevante para o sistema prisional, pois nota-se que tem alguém, em algum lugar, que preza pelos direitos e garantias que são estendidos à todos, inclusive ao condenado, que não perde em nenhum momento suas garantias fundamentais, apesar de esquecidas.

O caminho seguido pelos desembargadores da 5ª Câmara Criminal foi no sentido de uma solução inovadora, onde permitiram que os condenados em regime semiaberto, em locais onde a casa de albergado não cumpre as mínimas condições de higiene e estão superlotadas, cumpram pena em regime domiciliar, conforme orientação da Suprema Corte e decisão no Habeas Corpus nº 95332/RS, de 03 de março de 2009.

Esta decisão soou grande repercussão no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, ao se cumprir integralmente a legalidade não tão somente acerca do que prejudica o apenado, abrindo precedentes para formação de uma mesma opinião em outras Câmaras que compõem o mesmo.

Apenas está sendo cumprida a lei, sendo que com o voto do desembargador Amilton Bueno de Carvalho, sua decisão foi no sentido de que o condenado somente iria ao presídio se e quando fosse preservada a vida prisional de acordo com a lei. Enquanto isso não fosse possível, o mandado de prisão ficaria suspenso e incorrendo a prescrição.

No mesmo sentido, mas com proposta diversa, os desembargadores Luís Gonzaga da Silva Moura e Aramis Nassif optaram pela alternativa de que enquanto inexistir estabelecimento destinado ao regime semiaberto, que atendesse a todos os requisitos da LEP, ao invés de suspensão do cumprimento do mandado de prisão, seria imposta a pena em regime de prisão domiciliar.

Esta decisão é um exemplo perfeito de que se efetivamente respeitados os direitos e garantias constitucionais e as normas penais, no cumprimento da pena privativa de liberdade, possuem a condição de minimizar a despersonalização gerada pelo cárcere no apenado.

Dessa forma, não se admite no Estado Democrático de Direito, o cumprimento da lei apenas no momento em que prejudique o cidadão, sonogando-a quando lhe beneficie. Por isso, faz-se necessário cumprir o que dispõe a lei, prevalecendo os direitos da pessoa, seja quem for ou qual o crime cometido, apesar das objeções existentes por parte de juristas, legisladores e da própria sociedade.

É inaceitável o cumprimento de pena em prisões que não atendem aos requisitos mínimos estabelecidos na LEP e assegurados constitucionalmente. Essa prisão domiciliar

como alternativa, acaba protegendo a integridade física e moral dos apenados, onde da mesma forma garante o interesse da própria sociedade, na medida em que essa decisão minimiza os efeitos do cárcere.

Essa medida permite, mesmo que por um breve momento, alguma forma de reintegração do apenado, de convívio com a sociedade, pois esses conteúdos (fins) estão escancarados nas leis desde 1984, mas só a partir de 2009 vêm sendo parcialmente cumpridos.

Assim, a decisão proferida naquela Corte, deixou bem claro que:

[...] seguir ignorando tal situação e atirar um jovem, com as condições pessoais do ora acusado, ou seja, menor de 21 anos e primário, em um dos atuais 'depósitos de presos' - com superlotação, condições subumanas e dividido por facções criminosas -, é privá-lo não só da liberdade (pena a que foi condenado a cumprir), mas também da dignidade e da esperança, já que nula a possibilidade de ressocialização. (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, 2009).

O cárcere diante da situação miserável em que se encontra, faz a pena exaurir num rito de expiação, passando a uma coerção puramente negativa, detendo-se apenas em sua retributividade, portanto, equiparando-se à vingança.

Ninguém mais se ilude com a ideia de ressocialização, mas o que se espera é que o sistema prisional não dessocialize o preso. Com isso o Estado sempre foi negligente, pois ele acredita que com a construção de presídios, seria a solução para amenizar o problema carcerário e a violência, o que é equivocado, pois não basta a construção de mais presídios para acabar com a violência, quando ainda nascem organizações criminosas dentro deles e muitos agentes penitenciários acabam se corrompendo

Ainda, há o confronto com a sociedade, pois esta tem a visão de que estão discutindo-se dois tipos de direitos, os do cidadão e os do condenado, quando na verdade se trata de um único. A sociedade é composta da soma de diferentes pessoas, de uma singularidade, onde o direito de um é o direito de todos.

Nesse viés, o juiz também é peça fundamental no momento do cumprimento da pena, uma vez que faz valer a lei. Responsabiliza-se pela vida prisional e representa o Estado que condena e encarcera. Deve preocupar-se para garantir toda a legalidade, bem como seja eficazmente cumprida, pois ele é o garantidor, e ninguém mais o é.

Sabido é, desde a década de 60, que o sistema prisional brasileiro naufragou e, “pelo que retrata de violência, crueldade e desumanidade, converteu-se numa tragédia nacional (e mundial), que ainda gerará muito sofrimento inútil (e, seguramente, novas organizações criminosas)”. (BIANCHINI; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2007, p. 299).

Essa situação caótica do sistema penitenciário brasileiro é prova da falta de planejamento, de incentivo e investimento nos setores da educação e cultura, que deveriam ser vistos como prioridade pelo governo. Como consequência disso, cada vez mais fica difícil procurar uma solução para o problema carcerário, aumentando a violência, e tendo como efeito, a superlotação dos presídios.

Enfim, a ressocialização no ambiente carcerário é utópica, visto que os apenados vivem em condições sub-humanas, amontoados em celas milimétricas e sem nenhum incentivo à educação. Abolir a prisão não adianta e continuar com ela não se vê progresso algum na pessoa do apenado, conforme menciona Foucault:

[...] em pouco mais de um século o clima de obriedade se transformou, não desapareceu. Conhecem-se todos os inconvenientes da prisão, e sabe-se que é perigosa quando não inútil. E, entretanto, não ‘vemos’ o que pôr em seu lugar. Ela é a detestável solução, de que não se pode abrir mão. (apud CARVALHO, 2008, p. 132) (grifo do autor).

3.4 Realidade Penitenciária Brasileira: Caótica, Desumana e Medieval

O que se verifica, então, é que nem a Lei de Execuções Penais, muito menos a Carta Magna são seguidas conforme planejadas. Constata-se uma verdadeira sonegação de direitos ao cidadão, seja ele quem for ao invés de proteção. Por isso, a execução penal é o “patinho feio” do sistema penal, com um irreparável legado, pois nunca se transformará em um cisne.

O detento está predestinado a viver em um espaço caótico e coberto de estigma. Por mais que se tenham normas referentes à tutela dos direitos dos encarcerados e as tendências

garantistas, há a desídia do Estado e a escassez de investimentos no sistema penitenciário, onde progresso algum é previsto.

Diante das condições de sobrevivência no cárcere, podemos afirmar que a dignidade da pessoa humana, insculpida no art. 1º, inciso III, da nossa Constituição Federal, como fundamento desse Estado Democrático de Direito, não reflete lá.

O que se percebe é que o Estado tem se apoiado nas tendências de hipercriminalização, para desviar o foco da realidade, uma vez que é mais fácil demonstrar a punição excessiva e efetiva, veiculada pela mídia sensacionalista, do que dar explicações quanto à situação problemática e desumana do cárcere.

Assim, o poder público simboliza o combate à violência no país, demonstrando ação, efetiva repressão de delitos, punindo exageradamente quaisquer desvios de condutas, enchendo os presídios de possíveis delinquentes, onde o povo tem a falsa ideia de justiça, de eficácia do sistema penal.

Desse modo, a sociedade, frustrada com tanta violência e crime, tem uma percepção errada da ação do poder público, agravado pelo sensacionalismo, inebriando-se de preconceito, o que faz esquecer as posturas humanistas, tratando o homem como objeto e não como sujeito de direitos.

Evoluir assim, não é possível:

Por mais violento que seja o crime perpetrado, o sangue derramado não mancha irreversivelmente todo o ser de quem o cometeu. Isso porque esse ser, esse sujeito não é uma coisa, um objeto pronto e acabado, fechado, nem uma máquina, mas uma fonte, uma fonte sempre pulsante e aberta, imprevisível, inconstante, surpreendente, problemática, indecifrável, de treva e luz, de vida e morte, amor e ódio, grandeza e perversão, civilização e barbárie. (BILL; SOARES, 2005, p. 117).

A reação do grupo social é uma posição negativa, vingativa, indiferente, que reproduz claramente na maneira de como os meios de intervenção abordam e tratam os apenados, e como consequência, a falta de interesse na busca de medidas que efetivem os direitos fundamentais daqueles que cumprem penas.

O Estado promove o desinteresse aos direitos dos apenados, a sociedade o preconceito, que provoca “invisibilidade na medida em que projeta sobre a pessoa um estigma que a anula,

a esmaga e a substitui por uma imagem caricata, que nada tem a ver com ela, mas expressa bem as limitações internas de quem projeta o preconceito”. (BILL; SOARES, 2005, p. 176).

A única verdade é que tanto para a sociedade ou para o Estado, as condições ou situações que os apenados passam no cárcere são sem importância, desde que estejam segregados. Na visão repressiva do poder público e da sociedade, os encarcerados representam uma ameaça e como forma de repressão devem ser excluídos da convivência social:

Até chegarmos a uma situação de relativa humanização do sistema penitenciário há um longo e doloroso caminho, que passa pela evolução cultural (não seriam os presídios, retratos do nível cultural da sociedade?), por uma nova mentalidade, que faça nascer e uma vontade social (já expressa na lei) à vontade política de mudar. Passa, também, pela superação de nossa notória incompetência, sem falar da corrupção que assola esse País. (SCAPINI, 2007, p. 313).

De nada adianta tentar evitar que delitos sejam praticados se, não forem oferecidas condições de reabilitação ao preso. Deixar o apenado esquecido em uma cela, quando se quer “readaptá-lo”, terá um efeito nulo. A função do Estado não é apenas evitar os delitos, promover a segurança social, mas proporcionar condições dignas, humanas, enfim, direitos básicos de qualquer pessoa, sejam presos provisórios, condenados ou não.

A realidade carcerária brasileira é medieval, incapaz de cumprir e assegurar condições básicas de sobrevivência do preso, que, aliás, foram resguardadas na Lei de Execução Penal, de 1984, até então não efetivadas.

Quem afirma que a era dos suplícios foi superada se engana. E quem assegura que não haverá penas cruéis é ingênuo. A pena privativa de liberdade no país é uma aberração, arbitrária, excessiva e dessocializadora.

A ação a ser aplicada junto aos apenados deveria ter iniciativa político-cultural, bem como socioeducativa para a liberdade, em prol deles e não sobre eles, de forma que “a vulnerabilidade emocional e social, fruto da situação concreta da dominação e exclusão em que se encontram, gera uma visão inautêntica, ingênua e violenta que serve para realimentar a dependência/rejeição de um mundo opressor, nesse caso, o próprio contexto que exclui e o estigmatiza”. (GUINDANI, 2007, p. 186-187).

É de suma importância que a sociedade, os poderes públicos e os operadores do direito tenham retidão em perceber e proceder na diminuição do encarceramento e os danos enfrentados pelo sistema punitivo, restringindo a medida prisional, que hoje é regra.

O indivíduo fica vulnerável quando adentra no sistema prisional, devendo, portanto ser levado a essa medida apenas quando esgotada as possibilidades de defesa de um condenado ou a acusados que tenham a necessidade de aguardar julgamento por motivos relevantes e gravíssimos. Essas medidas não são entendidas pela sociedade:

Há uma demanda por maior ‘segurança pública’ que do ponto de vista de uma política populista se reflete em apenas buscar aumentar o encarceramento, enquanto medidas que procurem promover melhorias no sistema carcerário são sempre vistas como ‘investir dinheiro em bandido’. Seguimos com essa ilusão de que uma maior taxa de encarceramento acarreta simples e diretamente em ‘maior segurança’, o que não pode se fazer verdadeiro, isoladamente. (DIVAN apud SCARIOT, 2011, p. 10).

A população carcerária no Brasil é exorbitante e as melhorias que se buscam no sistema de execução penal nunca são vistas como prioridade e de bom agrado, pois não é o que a população deseja e, politicamente falando, não atrai votos. Devido aos fatores sociais, culturais e econômicos, tem-se uma tendência enorme à criminalidade e, conseqüentemente, ao encarceramento.

Conforme Divan, a “situação que chegou os presídios em maior parcela se deve ao descaso com o setor. Amontoamos pessoas como lixo e por elas serem chanceladas como ‘bandidos’ parte da opinião pública não vê nisso um problema dos mais graves”. (apud SCARIOT, 2011, p. 10).

Tais práticas almejadas até então e, expostas no decorrer do capítulo, podem ser consideradas utópicas, mas perfeitamente cabíveis. Prender menos seria a tática para desafogar os presídios, refletindo na segurança da sociedade, pois quanto menos pessoas ingressando na escola do crime corresponderiam a menos indivíduos ligados a facções e presos em rótulos.

O problema da criminalidade não tem como ser resolvido num passe de mágica. Como assevera Divan:

Não existe solução que não seja de longo, muito longo prazo e que não envolva investimentos pesados em vários setores para tentar comprimir os números da criminalidade. Ao invés disso, tem-se, infelizmente, a ideia de que aumentar o rigor aprisionante vai resolver alguma coisa, quando na verdade apenas estufa mais o sistema carcerário e ironicamente contribui para o caos. (apud SCARIOT, 2011, p. 10).

E, em se tratando de excesso de punição com pena de reclusão, o inevitável acontece – a invisibilidade. Talvez seja apenas um botão para acionar aquela invisibilidade que já ocorria em âmbito escolar e familiar, através da rejeição e sob o acúmulo de manifestações contínuas de abandono, indiferença e desprezo, chegando à figura da estigmatização.

O cárcere então representa “a ponta do *iceberg* que é o sistema penal burguês, o momento culminante de um processo de seleção que começa ainda antes da intervenção do sistema penal, com a discriminação social e escolar, com a intervenção dos institutos de controle do desvio de menores [...]”. (BARATTA, 2002, p. 167).

Quanto a esse indivíduo vulnerável e exposto ao risco de envolver-se com a violência, a tentativa é de humanizá-lo e possibilitá-lo a abrir-lhe alternativas, prevenindo a criminalização repressiva que estigmatiza e o condena a voltar à criminalidade, círculo vicioso dessa área espinhosa.

Pois bem, é válido lembrar que não é só a repressão estatal excessiva e a prisão que fazem o indivíduo seguir carreiras criminais, pois como bem visto, a rejeição na seara familiar e escolar que já internalizam, nutrem um sentimento que poucos sabem que ali exista e também contribuem para a inferiorização da pessoa e o preconceito, onde “antes do bandido, é o estigma que assalta a consciência”. (BILL; SOARES, 2005, p. 188).

Essa carreira criminal tem uma equação muito simples, verificando apenas a disposição de alguém para violar as normas impostas pela sociedade, como também a posição da sociedade para não permitir que o indivíduo transgressor volte a fazer parte dela, fomentando assim, a continuar com esse modo de sobrevivência.

Pode-se dizer assim que a relação entre o preso e sociedade “é uma relação entre quem exclui (sociedade) e quem é excluído (preso)”. (BARATTA, 2002, p. 186). Toda a técnica de reinserção do apenado se choca contra a natureza dessa relação de exclusão, uma vez que as características da sociedade capitalista são de relações sociais baseadas no egoísmo e violência ilegal, onde os indivíduos mais débeis são forçados a um papel de submissão.

Dessa maneira, a sociedade não pode ser ao mesmo tempo excludente e querer submeter o indivíduo a programas de ressocialização ou de inclusão social - que são raros no plano de política criminal -, pois é contraditória a assertiva:

[...] invisibilidade que é sinônimo de rebaixamento da auto-estima. Quando socialmente invisível, a maior fome do ser humano é a fonte de acolhimento, afeto e reconhecimento. Pressionado por esta fome profunda, os jovens recorrem aos expedientes acessíveis, até à violência. [...] Mas a tese da invisibilidade é forte o suficiente para justificar algumas propostas que dirigimos a você, à sociedade e aos governos. (BILL; SOARES, 2005, p. 284-285).

Com a marginalização do transgressor, a estigmatização e a reclusão do mesmo ao cárcere, em condições miseráveis e sem um pinga de dignidade, sendo desrespeitado e assistindo seus direitos básicos e fundamentais, irem por água abaixo, direitos que são previstos na Magna Carta, mas meramente ornamentais, é óbvio que assim não haverá como poder reverter essa situação caótica.

Nem com pena privativa de liberdade, nem com alternativas à prisão há solução em curto prazo, pois antes de tudo a sociedade tem que estar preparada para enfrentar esses problemas. A coisificação maciça transforma o homem em enfermo, debilitado, em imprestável para viver com a sociedade altamente inabalável.

Pode haver, sim, uma minimização dos efeitos do cárcere, com medidas de urgência e a postergação da prisão em si – diga-se reclusão – mas, mesmo assim não há uma finalidade para ela, nem mesmo o ordenamento jurídico pátrio cumpre as suas definições do que “não haverá” no sistema.

A pena privativa de liberdade transmuta o homem e se transforma. Ela é apenas um disfarce, pois adentrando no cárcere, não há garantias, direitos fundamentais nem piedade, passando a funcionar como um velho sistema medieval suplicioso e cruel, contrário a todas as garantias constitucionais asseguradas no país e no mundo, sem ter uma vírgula de humanidade.

O grande efeito nocivo dentro da prisão é mencionado por Carvalho como “a descartabilidade do valor *pessoa humana*. Compreende-se, neste quadro político, a formação de condições de irrupção de políticas criminais igualmente sustentadas na exclusão, para determinadas pessoas, do status de cidadão [...]”. (2008, p. 95) (grifo do autor).

A prisão forma carreiras delitivas e alicia o homem a voltar a delinquir, não insere na sociedade, não tem um fim e nem um meio, mas está ali. A lei de execução penal tentou buscar uma finalidade, mas na prática observamos que é muito pouco provável ressocializar, dada as condições atuais do sistema carcerário brasileiro.

Dessa forma, o punitivismo em excesso passa uma falsa imagem de resolução da criminalidade, de segurança, enganando a população:

O sonho narcísico de resolução das grandes questões da civilização, tutelando a Humanidade de sua própria extinção, ao mesmo tempo em que entorpece o pensamento jurídico-penal, ofusca a realidade, fornecendo elementos irreais para o diagnóstico e, conseqüentemente, para o prognóstico. (CARVALHO, 2008, p. 93).

Nesse aspecto, as teorias garantista, agnóstica e crítica são convergentes, construindo discursos sobre o limite da pena, apoiando a política de redução de danos, causados pelas intervenções arbitrárias excessivas.

Para contrair os poderes das agências de punitividade, apostam nas estratégias de diminuição de dor e de sofrimento causados pela aplicação e execução da pena, reconhecimento da pena na esfera política e, amparo do réu (parte mais frágil) no processo, para que não seja punido ou retaliado através de vingança desproporcional dos entres públicos e privados, ou da própria sociedade.

Para enquadramento no círculo social, tendo em vista as sociedades democráticas de primeiro mundo e seus valores com bem-estar econômico, coesão social e liberdade política, Dahrendorf profetiza que:

[...] a globalização econômica parece estar associada a novos tipos de exclusão social. As renovadas formas de exclusão seriam caracterizadas pelo fato de algumas pessoas perderem o status de cidadão, não somente em razão das restrições econômicas, mas por qualquer característica que as possa diferenciar (raça, nacionalidade, religião, etc.). Contudo Dahrendorf é mais drástico ainda em sua anamnese: certas pessoas (por mais terrível que seja colocar no papel) simplesmente não servem: a economia pode crescer sem a sua contribuição; de qualquer ponto de vista que se considere, para o resto da sociedade essas pessoas não são um benefício, mas um custo. (apud CARVALHO, 2008, p. 95) (grifo do autor).

O que se tem visto na atualidade é a implantação de um Estado social mínimo e, em contrapartida, um Estado penal máximo. Isso porque, deve haver um lugar para acomodar os “inconvenientes”, pois o confinamento é uma das alternativas para utilizar uma parte da população que não é necessária, não produz e que não há trabalho para reintegrar-se. Assim, é a destinação daqueles que não servem para a sociedade, são pessoas inutilizadas, que perderam seu status de cidadão ou que nunca chegaram a ter uma cidadania.

A máquina repressora potencializa a marginalidade social e econômica devido ao processo de globalização, concentrando então sua força na preservação da ordem e da segurança. Ainda é importante ficar atento aos riscos imensuráveis da sociedade pós-industrial, que está além da capacidade de controle do sistema penal, onde “a era da segurança (jurídica) foi soterrada pelo próprio projeto que a construiu: a Modernidade”. (CARVALHO, 2008, p. 98).

A exclusão é o produto social da moderna civilização e sua extensão varia de acordo com a velocidade a qual pode ser vencida. Os outros fatores sociais produzidos de constituição, separação e manutenção de identidades – as barreiras culturais – são efeitos secundários dessa velocidade. Por isso, “a globalização é a nova desordem mundial [...]”. (BAUMAN, 1999, p. 67).

O isolamento carcerário vivido pelo apenado comprime a visão do outro, pois as qualidades individuais que deveriam se tornar visíveis e destacadas, raramente são percebidas quando o cárcere acompanha o egresso, tornando irrelevante a singularidade das pessoas e dos casos.

Em toda a história da prisão, jamais alguém saiu reabilitado, na prática, possibilitando sua reintegração. Ao contrário, foi posta em prática a prisonização dos internos, encorajando os mesmos a adotar hábitos e costumes típicos do meio penitenciário, diversos do comportamento cultural pertencente ao mundo fora dos muros. Esse mecanismo coercitivo é “exatamente o oposto da reabilitação e o principal obstáculo no caminho de volta à integração”. (MATHIESEN apud BAUMAN, 1999, p. 119).

Ao Estado tende apenas a limitar-se à tarefa de combate ao crime, criando a política de confinamento, o qual por si só não explica o “boom” penitenciário. O governo não pode prometer nada, pois o crime é um fenômeno social, não havendo como erradicar a criminalidade de uma vez e bem feito. A única coisa que se pode afirmar é que há

insegurança, sempre haverá, e a incerteza é o que predomina no futuro, na sociedade de riscos.

Zygmunt Bauman traduz exatamente o pensamento de Nils Christie, quando aponta que “não é inteiramente inesperada a tendência de nossa sociedade moderna de dar ‘o significado de crime’ aos atos que ‘cada vez mais são vistos como indesejados ou pelo menos dúbios’ e de cada vez mais punir esses crimes com a prisão”. (1999, p. 115).

Colocando mais gente na prisão e por mais tempo, até agora não mostrou uma maneira eficaz, com resultados ao combate a criminalidade. Cárcere serve apenas para uma imobilidade forçada, como maior símbolo de impotência, de incapacidade, criando relações de desigualdade, de subordinação, de disciplina ao controle total do indivíduo. A sociedade assume assim, o modelo de fábrica, gerando os próprios sujeitos passivos desta relação.

Bauman faz um comparativo aos campos de concentração e à prisão de Pelican Bay, como uma versão atualizada e sofisticada do Panóptico, verdadeiro sistema de controle total através da vigilância, arquitetado pelo filósofo e jurista inglês Jeremy Bentham:

Se os campos de concentração serviram como laboratórios de uma sociedade totalitária nos quais foram explorados os limites da submissão e servidão e se as casas de correção panópticas serviram como laboratórios da sociedade industrial nos quais foram experimentados os limites da rotinização da ação humana, a prisão de Pelican Bay é um laboratório da sociedade “globalizada” no qual são testadas as técnicas de confinamento espacial do lixo e do refugio da globalização e explorados os seus limites. (1999, p. 121).

A prisão se revela num verdadeiro sistema de exclusão, expulsão do indivíduo que por ali passou, não tendo como outra finalidade senão a rejeição do agente transgressor, que ao deixar a casa prisional recorre ao único meio à sua disposição, já que o Estado e a sociedade lhe impuseram um estigma: a violência.

O apenado apenas se prende a esse único recurso que lhe foi apresentado na prisão e agora usa desse poder para alcançar alguma visibilidade e opor ao poder opressor dos que rejeitam e excluem.

Também, não significa que não haja outras causas de crime nem verdadeiros criminosos, pois a exclusão praticada pelo sistema penal “é parte integrante da produção

social do crime e que sua influência não pode ser claramente separada das estatísticas gerais de incidência criminal”. (BAUMAN, 1999, p. 135).

Então, a finalidade da pena de prisão que seria ressocializar o apenado conforme prevista na LEP, não acontece. É muito difícil, mas não impossível, reverter essa situação, onde as casas prisionais deveriam ajudar os detentos com penas socioeducativas, ter acesso a cultura, a cursos profissionalizantes, enfim, que pudessem se preparar para ingressar no mercado de trabalho quando deixarem as prisões. Tudo isso é assegurado e garantido no ordenamento jurídico, mas por que não funciona?

Também se pergunta: “qual é a base moral para punir alguém, talvez severamente, para impedir que pessoas inteiramente diferentes cometam atos semelhantes?”. (BAUMAN, 1999, p. 122). Apenas é certo afirmar que aqueles que são punidos são geralmente pessoas pobres, estigmatizadas, que precisam mais de assistência do que punição.

Não há como ressocializar alguém em um ambiente prisional existente no Brasil, mas podem ser minimizados os problemas de infraestrutura, realizando melhorias nas prisões, pois não há como pensar na diminuição da violência num lugar onde os apenados vivem em condições degradantes.

Uma série de fatores devem ser trabalhados e desenvolvidos juntos para tentar estancar o problema da criminalidade. Mas antes disso “o investimento pesado em ressocialização poderia iniciar muito antes e para fora dos muros da cadeia”. (DIVAN apud SCARIOT, 2011, p. 11).

Para efetivação dos direitos humanos e melhores condições prisionais é necessário o desenvolvimento de estratégias políticas voltadas à redução de danos causados pelas violências dos poderes. Ainda, deve haver uma harmonização das esferas culturais, educacionais, sociais, econômicas e políticas, pois se cada um trabalhar sozinho, sem nenhuma direção, não será possível mudar algo, mas se todos agirem conjuntamente há grandes chances de significativas mudanças no ambiente prisional.

Uma política de redução de danos e minimização dos efeitos carcerários é o caminho a ser percorrido pelo sistema penal:

Assim, se a resposta à pergunta por que punir?, mesmo em se tratando de sistemas garantistas, configura modelos de intervenção, fundamental abdicar da tarefa, delineando teoria agnóstica que represente política criminal de redução dos danos

causados pelas agências de punitividade. Reduzir dor, tendo o sofrimento de outro como representação, seria a única alternativa ética, teórica e instrumental possível na atual condição que o direito penal é aplicado. (CARVALHO, 2008, p. 119-120).

O programa de política criminal desenvolvido no país precisa de grandes reformas sociais e institucionais desenvolvendo a igualdade e a democracia das formas de vida comunitária e civil, e não se prender apenas a perspectivas vagas e teóricas de humanização apoiada em substitutivos penais.

Há um atraso gigantesco da ciência jurídica em relação à ciência social contemporânea, onde é insuperável o alcance de uma à outra, pois a ciência jurídica não é capaz de construir uma estratégia de controle dos comportamentos socialmente problemáticos que seja alternativa ao atual sistema repressivo.

Está intimamente ligada a colaboração da ciência social para organização de novas estratégias político-criminais, observando a realidade social. Socialização e educação andam juntas:

Certamente hoje, em uma sociedade na qual o problema da educação tornou-se o problema social por excelência, a política social não pode ser feita sem política educacional, e isto significa que as sanções penais devem sempre vir consideradas também como uma parte da política da educação. Os processos reguladores do direito penal não podem ser compreendidos fora dos outros processos sociais da socialização e da educação. (CALLIES apud BARATTA, 2002, p. 169).

A estratégia elaborada por Baratta previa um reforço da tutela penal, em áreas de interesse essencial para a sociedade, como a saúde, educação, segurança no trabalho, integridade ecológica, entre outros. O foco apenas mudava de direção, dirigindo-se a mecanismos de reação institucional para confronto da criminalidade econômica, dos desvios dos órgãos e do quadro Estatal, a verdadeira criminalidade organizada.

Mas a população é induzida ao erro e o Estado impede muitas vezes, a visibilidade do barbarismo cometido nas instituições, pois *“as pessoas não sabem quão irracionais são nossas prisões. As pessoas são levadas a acreditar que as prisões funcionam. A irracionalidade verdadeira da prisão é um dos segredos melhor guardados em nossa sociedade”*. (MATHIESEN apud CARVALHO, 2008, p. 128) (grifo do autor).

O cárcere retrata um recrutamento, principalmente de indivíduos pertencentes às zonas mais pobres da sociedade, um verdadeiro setor de marginalização social, qualificado para a intervenção estigmatizante e realização de processos, influenciados pela interação social e opinião pública, que são ativados pela pena, num verdadeiro efeito atomizante. Faz parte de “um *continuum* que compreende família, escola, assistência social, organização cultural do tempo livre, preparação profissional, universidade e instrução dos adultos”. (BARATTA, 2002, p. 169).

O sistema punitivo realiza exatamente o que a escola retrata no extremo inferior desse conjunto de elementos: “*a separação do joio do trigo, cujo efeito ao mesmo tempo constitui e legitima a escala social existente e, desse modo, assegura uma parte essencial da realidade social*”. (STEINERT apud BARATTA, 2002, p. 171-172) (grifo do autor).

Entre o indivíduo que recebe o *status* de criminoso e cumpre uma pena e a sociedade há uma enorme barreira, que a própria estigmatização determina, chamada de “proibição de coalizão”, proibindo a aliança entre os mundos dos excluídos e excludentes, rompendo assim a solidariedade entre a sociedade e apenados, onde os efeitos efetivamente exercidos pelo cárcere são consolidados.

Por isso o sistema penal age em função dos mais fracos e marginalizados, mas no sentido inverso, pois em vez de integração proporciona a distância social, isolando a população criminosa do resto da sociedade. A comunidade carcerária tem características próprias, seguindo seu próprio modelo, onde o instituto de detenção tem como característica a produção de efeitos contrários à reeducação e reinserção do apenado, sendo contrário a todo “moderno ideal educativo, porque este promove a individualidade, o auto-respeito do indivíduo, alimentado pelo respeito que o educador tem dele”. (BARATTA, 2002, p. 184).

O apenado é submetido a cerimônias de degradação no início da detenção, com a qual é despojado dos símbolos de sua própria autonomia, como seus vestuários e objetos pessoais. Se a educação promove o sentimento de liberdade e de espontaneidade do indivíduo, no cárcere é o oposto, pois projeta um universo disciplinar, com caráter repressivo e uniformizante.

Diante de todos esses processos de socialização ao cárcere, com a desculturação e prisionização do apenado, foi possível demonstrar os efeitos negativos do encarceramento, aonde a conclusão a que chegam diversos estudos e pesquisas é que “a possibilidade de transformar um delinqüente anti-social violento em um indivíduo adaptável, mediante uma

longa pena carcerária, não parece existir e que o instituto da pena não pode realizar a sua finalidade como instituição de educação”. (BARATTA, 2002, p. 184).

Os únicos processos característicos acerca da prisionização do indivíduo tem sido a educação para ser criminoso e a educação para ser bom preso, verdadeiros objetos da instituição.

Nesse mesmo contexto, Louk Hulsman refere que a justiça penal é “incontrolável, distribuidora de sofrimento desnecessário, materialmente desigual e expropriada dos direitos dos envolvidos no conflito, principalmente das vítimas. Assim, *‘o sistema penal é especificamente concebido para fazer mal’*”. (apud CARVALHO, 2008, p. 130) (grifo do autor).

Da análise do sistema penal na sociedade contemporânea, apenas duas observações a fazer. O sistema punitivo tem função de golpear uma ilegalidade invisível para encobrir uma oculta e, fomentar uma zona de marginalizados criminais, propiciando a indústria do crime.

Portanto, é impossível enfrentar o problema da marginalização criminal e os efeitos negativos que o cárcere reflete, sem incidir na estrutura da sociedade, por onde a verdadeira reeducação deveria começar, antes do condenado, pois é preciso modificar a sociedade excludente antes de querer modificar os excluídos, atingindo assim na raiz do mecanismo de exclusão.

Não podemos esquecer da ampliação do universo carcerário, como forma de controle total e observação do indivíduo, pois aquele cuidado que a sociedade punitiva escusa ao apenado 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”. (BARATTA, 2002, p. 187).

Enfim, encontramos “teorias de todos os dias” acerca da criminalidade, mas a única certeza que podemos ter é que o cárcere não tem mais aquela função programada em sua origem, para reeducação, reinserção e disciplina do apenado, reduzida agora, à mera ideologia.

Portanto, ao longo do trabalho, consegue-se identificar os principais problemas acerca do cárcere, onde o apenado é socializado para viver na prisão, sendo que esta desprioriza o indivíduo, cria carreiras criminais e produz uma distância social, que prevalece a etiqueta que certos processos sociais de definição conferem ao crime e ao seu agente.

Ficou claro que há uma contradição no que a Lei de Execução Penal propõe e a realidade apresenta pelo sistema, bem como a falácia de que não existirão penas cruéis, se elas são vistas em muitas das condições humilhantes enfrentadas pelos apenados.

O cumprimento da pena de prisão cada vez mais é degradante. A mesma lei que deveria proteger o cidadão e o apenado, não é cumprida efetivamente, pois a lei que prevê conteúdo punitivo, também prevê os direitos mínimos para cumprimento adequado da pena. Assim, constatou-se uma sonegação de direitos ao invés de proteção.

Também foi visto que, muito embora o Estado tenha condições financeiras de melhorar o sistema de execução penal, não o faz, porque a área penal não é vista como prioridade, onde não se gasta dinheiro com criminoso. Falta de planejamento, incentivo e investimento com educação e cultura, faz com que o cenário carcerário acabe superlotado diante do aumento da violência.

E a sociedade acaba acreditando na falsa ideia de justiça, de eficácia do sistema penal. A realidade que lhes é apresentada é distorcida, pois embasada na punição excessiva como meio de demonstrar efetivação e eficácia do Estado na luta contra a criminalidade.

Com o Estado promovendo o desinteresse aos direitos dos apenas, a sociedade cumpre a função de exclusão social filiando-se ao preconceito à população carcerária e gerando a invisibilidade do apenado.

Precisa-se de mais ações de iniciativa político-cultural e socioeducativas em prol dos apenados para não realimentar a rejeição que ele sofre fora dos muros da penitenciária e, principalmente, reeducar a sociedade para recebê-los. O apenado, antes de tudo é um ser humano, como qualquer outro cidadão, não merece qualquer distinção ou represália, nem ter os seus direitos reduzidos a nada.

Como qualquer pessoa, o recluso é sedento por visibilidade, sendo que o cárcere só gera o efeito oposto. Como disse José Saramago, “dentro de nós há uma coisa que não tem nome, essa coisa é o que somos”. (2002, p. 262).

CONCLUSÃO

O cárcere cada vez mais proporciona o efeito contrário do que se espera de um apenado, em vez de ressocializar e reinserir o transgressor novamente à sociedade, acaba afastando-o. O sistema penal, como legítimo detentor do direito de punir, continua reproduzindo a violação dos direitos do apenado, passando por cima do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, norteador do Estado Democrático de Direito.

A legitimidade do sistema penal está condicionada a sua capacidade de atingir a sua finalidade protetora, no sentido de reduzir a violência que paira na sociedade, da mesma forma que cumpre os fins de garantia formal e material a ele incumbido, sem ultrapassar os limites impostos pelo mesmo Estado. Não é uma tarefa fácil conciliar todos esses interesses, principalmente porque os temas penais encontram-se em constante mutação.

Direito Penal, Criminologia e Política Criminal representam três momentos incidíveis da resposta social frente ao problema do crime, ou seja, o momento instrumental (direito penal), o explicativo-empírico (criminologia), e o programacional (política criminal).

E como bem se sabe, o direito penal é o instrumento de controle mais drástico e violento, que conta com os meios coativos mais intensos e ameaçadores aos direitos fundamentais das pessoas, sendo que desde o Iluminismo a preocupação do penalista garantista foi de observar os naturais limites ao exercício do poder.

O fenômeno da crise penal tem provocado diversas tendências e reações. As mais expressivas vão desde o punitivismo clássico e totalitário até o mais atual e excessivo, assim como do abolicionismo radical, que sustenta o desaparecimento do direito penal e do cárcere, ao abolicionismo moderado ou minimalismo, que propõe a intervenção mínima do sistema punitivo.

O certo é que hoje o Direito Penal enfrenta um evidente processo de expansão e de involução, que vem atingindo os seus e desarmando a orientação de base liberal da intervenção mínima e garantista.

Esse direito penal em expansão quer se transformar em resposta eficaz na atual era globalizada. Dessa forma emerge o direito penal punitivista, de terceira velocidade, que não se preocupa com as formas e garantias, postulando por uma intervenção máxima, seletiva e

endereçada tanto a criminalidade dos poderosos como também dos marginalizados, passando a ser inimigos da sociedade.

A princípio, o punitivismo é tão antigo quanto a própria existência humana, alinhando suas ideias também com os movimentos de direita, que se expandiram exageradamente com a criminalização de infrações bagatelares no direito penal. Atualmente, vem ganhando força essa onda de punitivismo com a aliança feita entre esquerda e progressistas com a direita (burgueses conversadores), no uso do direito penal.

A antiga fórmula vigente na década de oitenta era a seguinte: esquerda política com demandas de descriminalização e direita política com demandas de criminalização. Após o movimento político de esquerda assumir o poder, percebeu que era mais conveniente manter o discurso punitivista, o qual conta com o apoio de grande parcela da população, bem como dos meios de comunicação.

Não se pode concordar com o excesso de punitivismo, assim como não se reivindica a ruptura total do sistema penal, sendo que se apresenta como melhor solução os postulados ao direito penal mínimo garantista, que têm por fundamento três constatações evidentes: o fracasso no almejado tratamento ressocializador e nas prisões, o elevado custo na operacionalidade do sistema penal que, em contrapartida, ostenta mais efeitos negativos do que benefícios, e a tendência na deslegitimação do sistema tendo em vista sua inerente seletividade e discriminabilidade.

Com as consequências da teoria da reação social, foram definidos processos que marcaram os movimentos políticos criminais, como a descriminalização de certas condutas, a despenalização, desprisionização cautelar, desinstitucionalização da pena, diversificação e o devido processo legal. Mas o principal legado criminológico das teorias que romperam paradigmas foi o Minimalismo Penal, o qual tem como ideologia a mínima intervenção do direito penal com máximas garantias.

Como forma de humanizar a justiça criminal e melhorar a sua atuação, impõe-se urgentemente uma deflação penal, que deve ocorrer através desses processos políticos criminais, onde afetam diretamente no *input* do sistema penal.

A descriminalização consiste no processo de retirar o caráter criminoso ou ilícito do fato, ou retirá-lo do sistema penal, diferentemente da despenalização, que por seu turno, significa adotar medidas substitutivas ou alternativas, de natureza penal ou processual,

visando dificultar, evitar ou restringir a aplicação da pena de prisão ou sua execução, ou ainda, sua redução, sem tirar o caráter ilícito do fato.

Já a desprisionização cautelar, também chamada de descarcerização, caracteriza-se por todos os processos que possibilitam evitar a decretação, manutenção da prisão cautelar ou sua efetiva execução em um cárcere. Exemplo desse processo é a lei n. 12.403 de 2011, que coloca a prisão preventiva como último recurso após a utilização de outras medidas alternativas.

Quanto à desinstitucionalização, visa conferir a instâncias informais a resolução de problemas, ou seja, pela própria sociedade. E, pelo instituto da diversificação, entende-se o movimento político-criminal que postula a abdicação das instâncias informais na resolução de conflitos penais (desinstitucionalização), atribuindo essa resolução a pessoas envolvidas diretamente ou a órgãos especiais, sem oposição da manutenção da competência formal do estado.

Como se vê, a diversificação, que decorre do movimento de desinstitucionalização, é um dos caminhos mais aptos a alcançar a meta político-criminal traçada pela corrente minimalista, ou seja, não intervencionista. Pode-se dizer, ainda, que esse último movimento tem um ar reformista, uma vez que incita na revisão de toda a legislação vigente, onde propõe uma sociedade mais comunicativa.

Assim, as cerimônias degradantes que envolvem um processo criminal deveriam ser repensadas, para que houvesse garantias protetivas a fim de não divulgarem a reação estatal junto aos órgãos de imprensa ou poderiam eliminar o processo por meio do mecanismo da diversificação, maneira através da qual desviariam os agentes de delitos do sistema estigmatizante da justiça criminal, partindo para soluções informais e não institucionais.

Há leis prevendo a punição em caso de transgressão das normas, como também há leis que asseguram local adequado para cumprimento dessas penas. Se uma funciona, de modo excessivo até então, por que a outra é esquecida? Deve-se pensar no futuro daqueles que ingressam no sistema penitenciário para evitar a presente realidade de caos, aonde apenas eles são enxergados trancafiados em cubículos sem destinação certa.

Não é à toa que muitas vezes acontecem rebeliões e motins dentro das penitenciárias, pois absurdas são as condições de sobrevivência lá dentro. Adentrando ao cárcere, é indispensável ao indivíduo que lhe sejam garantidos e respeitados os direitos fundamentais, como a qualquer outra pessoa.

Mas sabe-se que esse Estado do “tudo penal” visa punir excessivamente, ao estilo de “quanto mais melhor”. Isso não significa efetividade, segurança e justiça, mas, sim, fracasso diante da impossibilidade de reverter a situação carcerária. Dessa forma, o poder público tem que mostrar “serviço”, abarrotando os presídios, violando os direitos fundamentais e fazendo o discurso de limpeza das ruas.

Nas suas atuais condições, a prisão deteriora o homem, dessocializa, incita a fabricar criminosos, diante de sua situação degradante. É um cofre humano, onde cada vez mais são depositados infratores que não tendem a reverter o quadro ao qual ensejou a prisão. Não basta punir, prender e vigiar o criminoso para conter a criminalidade nem para mudar a situação apresentada pelo sistema penitenciário, de total fracasso.

É importante e necessário que o Estado conceda ao apenado acesso a meios e formas de sobrevivência, proporcionando condições reais para reabilitação moral e social do mesmo. A sociedade deveria se colocar no lugar de um detento, pelo menos uma vez na vida, onde talvez assim tenha um mínimo de compreensão do que acontece dentro dos muros silenciosos construídos por ela em torno da prisão.

Os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988 também são ignorados pela sociedade quando se trata de apenados, pois a mesma faz questão de que essas pessoas indesejadas fiquem longe de seu meio.

A sociedade simplesmente fecha os olhos para aqueles que já passaram pela justiça criminal, associando o efeito negativo que a prisão impõe ao condenado ao preconceito e, somando-se a isso o medo, produzem fatores que autorizam a exclusão do apenado, pois são vistos como não merecedores de direitos.

Diante de um quadro de direitos e garantias assegurados constitucionalmente e através da lei de execução penal vigente, constata-se que não são permitidas aos apenados, de forma adequada, as etapas idealizadas na Lei de Execução Penal. Por isso o sistema prisional brasileiro, diante de seu fracasso, além de fabricar organizações criminosas, é visto também como uma máquina de fabricar loucos, uma vez que é uma organização de controle constituída apenas para provocar estigma, coerção, confinamento e segregação.

Ainda, é certo afirmar que o direito penal não desaparecerá. Deveria ser reconhecido pelo caráter de última medida da política social, agindo somente quando fracassassem os outros meios de contenção, mas cada vez mais se torna excessivo, desmedido, intensificando o castigo e distribuindo penas, sendo o principal instrumento de repressão do indivíduo.

Com o efeito da globalização, os meios de comunicação em massa não são instrumentos democráticos, mas um obstáculo à população marginalizada, onde o apenado é visto como inimigo da sociedade. O recluso é tido como objeto do sistema penal e não como sujeito, iniciando um processo de coisificação da pessoa, sendo que a tortura do seu corpo ainda é constante no interior das penitenciárias.

Pode parecer utópica a tentativa de amenizar os efeitos da prisão, mas não é.

É possível sim minimizar os efeitos de despersonalização exercidos pelo cárcere no apenado, se as garantias asseguradas constitucionalmente e as normas penais forem efetivadas no cumprimento da pena privativa de liberdade.

Foi o que a 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul demonstrou através do acórdão objeto de estudo. Ainda há esperanças, basta que os julgadores efetivamente cumpram o que a lei dispõe. Aliado a isso, também deverão ser adotadas medidas socioeducativas, assim como políticas voltadas para cultura e uma melhor infraestrutura da prisão, com lugares condizentes para uma pessoa poder cumprir a pena. Sabemos que recursos o Estado tem, apenas não tem prioridade para resolução desse problema.

Estado e sociedade esquecem do ser humano que o apenado é, que privado de sua liberdade paga por um mal cometido, apenas com conteúdo retributivo, onde a prevenção almejada pouco foi possível ser vista. Cumpre uma pena cruel no aparelho carcerário, não apenas torturando o corpo, mas a alma, sendo que essa sim lembrará desse sistema esmagador que impede qualquer um de ter consciência do que ocorre dentro daqueles muros, pois fora deles o apenado já é invisível.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Augusto Jobim do. **Breve Ensaio sobre o Law and Order em Loïc Wacquant**. In: Ponencias - 2º Jornadas Interdisciplinarias sobre el Castigo - Aportes para una Sociología del Castigo. Mar del Plata: Universidad Nacional de Mar del Plata, 2004, p. 219-229.

ATHAYDE, Celso; BILL, Mv; SOARES, Luiz Eduardo. **Cabeça de Porco**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. Introdução à Sociologia do Direito Penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: As Consequências Humanas**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1999.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. Volume 48. São Paulo: Martin Claret, 2007.

BIANCHINI, Alice; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal**. Introdução e princípios fundamentais. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral. v.1. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Falência da Pena de Prisão**. Causas e alternativas. 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Vade Mecum. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Vade Mecum. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Vade Mecum. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Lei Federal n. 7.210, de 11 de julho de 1984. **Institui a Lei de Execução Penal**. In: PLANALTO. Brasília, 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 10 jan. 2011.

_____. Lei Federal n. 12.403, de 4 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, **relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências**. In: PLANALTO. Brasília, 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm>. Acesso em: 25 jul. 2011.

CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. Tradução da versão espanhola do original italiano por Carlos Eduardo Trevelin Millan. 2. tiragem. São Paulo: Editora Pillares, 2009.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e Garantismo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

CARVALHO, Salo de. **Anti-Manual de Criminologia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

_____. Teoria Agnóstica da pena: entre os supérfluos fins e a limitação do poder punitivo. In: CARVALHO, Salo de (Coord.). **Crítica à Execução Penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 3-28.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward. Teoria das janelas quebradas: e se a pedra vem de dentro? **Boletim IBCCRIM n. 131**. São Paulo, v.11, p. 6-8, 2003.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa Andrade. **Criminologia**. Coimbra: Editora Coimbra, 1997.

DIVAN, Gabriel Antinolfi. **Decisão judicial nos crimes sexuais: o julgador e o réu interior**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Teoria do Garantismo Penal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramalhete. 34. ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal**. Parte Geral. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Criminologia**. Introdução a seus fundamentos teóricos. Introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95 – Lei dos Juizados Especiais Criminais. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GUINDANI, Miriam Krenzinger A. Tratamento Penal: A Dialética do Instituído e do Instituinte. In: CARVALHO, Salo de (Coord.). **Crítica à Execução Penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 175-187.

KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O Martelo das Feiticeiras**. Tradução de Paulo Fróes. 20. ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2009.

LOMBROSO, César. **O Homem Delinquente**. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MESSUTI, Ana. **O Tempo Como Pena**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MIR PUIG, Santiago. **Direito Penal**. Fundamentos e Teoria do Delito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral. v. 1. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação criminal n. 70029175668**, da 5ª Câmara Criminal. Relator: Des. Amilton Bueno de Carvalho. Porto Alegre, 15 de abril de 2009. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 06 ago. 2011.

SARAMAGO, José. **Ensaio sobre a cegueira**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

SCAPINI, Marco Antonio Bandeira. Execução Penal: Controle da Legalidade. In: CARVALHO, Salo de (Coord.). **Crítica à Execução Penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 307-318.

SCARIOT, Beatriz. Caos e vergonha nos presídios brasileiros. **Diário da Manhã**, Passo Fundo, 2 e 3 jul. 2011, p. 10-11.

SCHROEDER, Simone. Regressão de Regime: uma releitura frente aos princípios Constitucionais. Abordagem crítica. In: CARVALHO, Salo de (Coord.). **Crítica à Execução Penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 473-503.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. A perda de legitimidade do sistema penal. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1991.

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

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral. v.1. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

WACQUANT, Loïc. **As Prisões da Miséria**. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2001.